

# **Sykefraværsoppfølging og oppsigelse**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 731  
Leveringsfrist: 26.04.2011

Til sammen 14454 ord

26.04.2011

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b><u>SYKEFRAVÆRSOPPFØLGING OG OPPSIGELSE</u></b>	<b>4</b>
<b>1.1</b>	<b>Introduksjon</b>	<b>4</b>
1.1.1	Oppgaven	4
1.1.2	Rettskildebildet	4
1.1.3	Avgrensninger	5
1.1.4	Definisjoner	5
1.1.4.1	Arbeidsgiver og arbeidstager	5
1.1.4.2	Sykefravær	6
1.1.4.3	Stopp-punkt	6
1.1.4.4	Funksjonsevne	6
<b>1.2</b>	<b>Kontekst og utvikling</b>	<b>7</b>
1.2.1	Arbeidsgiver, samfunnet og arbeidstager	7
1.2.1.1	Arbeidsgiver og sykefravær	7
1.2.1.2	Samfunnet og sykefravær	7
1.2.1.3	Arbeidstager og sykefravær	8
1.2.2	Kort oversikt over aktuelle bestemmelsers innhold	9
1.2.2.1	Arbeidsmiljøloven (LOV 2005-06-17 nr 62: Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.)	9
1.2.2.2	Folketrygdloven (LOV 1997-02-28 nr 19: Lov om folketrygd.)	9
1.2.2.3	Bestemmelser som likner, folketrygdloven og arbeidsmiljøloven.	9
1.2.3	Sandmannutvalget	10
1.2.4	Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen)	11
1.2.4.1	Avtalens utviklende rolle	13
1.2.5	Ekspertutvalget	14

<b>1.3</b>	<b>Arbeidsgivers plikter i forbindelse med sykefravær</b>	<b>14</b>
1.3.1	Tilretteleggingsplikten for arbeidstager med redusert arbeidsevne	14
1.3.1.1	Tilrettelegging av opprinnelig arbeid	15
1.3.1.2	Omplassering	16
1.3.1.3	Behovets årsak	18
1.3.1.3.1	Forholdet til diskriminerings og tilgjengelighetslovens § 12	19
1.3.1.4	Tilretteleggingens ytterligere rolle	21
1.3.2	Oppfølgingsplan	22
1.3.3	Dialogmøte I	23
<b>1.4</b>	<b>Arbeidstagers plikter under sykefravær</b>	<b>23</b>
1.4.1	Plikt til å bli frisk?	23
1.4.2	Arbeidstagers medvirkningsplikt	25
1.4.2.1	Medvirkning til oppfyllelse av plikter etter § 4-6	26
1.4.2.1.1	Opplysninger om funksjonsevne	26
1.4.2.1.2	Medvirkning av mer konkret karakter	28
1.4.3	Ytterligere plikter	29
1.4.3.1	Informasjonsplikt etter folketrygdloven, mer enn ”medvirkning”?	29
1.4.3.2	Ulovfestede plikter	30
1.4.4	Brudd på medvirkningsplikten	30
<b>1.5</b>	<b>Det spesielle oppsigelsesvernet i arbeidsmiljølovens § 15-8</b>	<b>31</b>
1.5.1	Oversikt	31
1.5.2	Bakgrunn og formål	31
1.5.3	Vernets inntreden	32
1.5.4	Egen sykdom	33
1.5.5	Verneperiodens lengde	33
1.5.6	Indirekte følger av sykefraværet	34
1.5.7	Forholdet til ”åpenbart unødvendig” i § 4-6	35
<b>1.6</b>	<b>Oppsigelse</b>	<b>36</b>
1.6.1	Oppsigelse begrunnet i sykefraværet	36
1.6.1.1	Arbeidsgivers oppfyllelse av tilretteleggingsplikten etter § 4-6 (herunder omplasseringsvurderingen).	38
1.6.1.2	Arbeidstagers prognoser	39
1.6.1.3	Andre momenter i saklighetsvurderingen	40
1.6.1.3.1	Fraværets ulemper for arbeidsgiver	40
1.6.1.3.2	Oppsigelsens ulemper for arbeidstager	40
1.6.1.3.3	Arbeidstagers alder og arbeidsforholdets varighet	41
1.6.1	Oppsigelse på bakgrunn av forhold i tilknytning til sykefraværet	41

1.6.1.1	Manglende medvirkning under sykefravær	41
1.6.1.2	Sent eller manglende varsel om fravær/sykefraværet ikke vernet	42
<b>1.7</b>	<b>IA-avtalens innvirkning på arbeidsgivers plikter</b>	<b>42</b>
1.7.1	Uttalt skjerping	43
1.7.2	Utviklingen 2001-2003	43
1.7.3	LG-2006-100708	45
1.7.4	Ny lov og ny avtale	45
1.7.5	Nyere rettsavgjørelser	46
1.7.5.1	TOSLO-2009-117509	47
1.7.5.2	TBERG-2010-33846	49
1.7.6	Foreligger så en skjerpet tilretteleggingsplikt i praksis?	51
1.7.7	Ytterligere kommentarer	52
<b>2</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b>54</b>

# **1 Sykefraværsoppfølging og oppsigelse**

## **1.1 Introduksjon**

### **1.1.1 Oppgaven**

Oppgaven tar sikte på å gi et innblikk i det spenningsforhold og den dynamikk som utgjøres av sykefraværstematikk i ulike variasjoner, og ikke være en uttømmende oversikt over regler i forbindelse med sykefravær, sykefraværsoppfølging og stillingsvern i sykefraværssammenheng.

Oppgaven består av to deler. Den første delen omhandler sykefravær, sykefraværsoppfølging og disse områdenes utvikling de siste 10-11 år. Den andre delen tar for seg stillingsvern under og etter den spesielle verneperioden på den andre.

Kontaktpunktene mellom disse to delene er mange, og de deler som omhandler sykefravær og – oppfølging er en ufravikelig del av en vurdering av hvorvidt en oppsigelse i forbindelse med sykefravær er saklig og dermed gyldig. Slik forenes oppgavens to deler. De tre dommene som danner utgangspunkt for oppgavens siste delkapittel viser denne foreningen.

Oppgavens referanse til uttrykkene digital og analog sikter til den utvikling man har sett på området de siste 10-11 år. Man har tatt steget vekk fra den tidligere holdning hvor arbeidstager var enten frisk eller syk, og benytter seg nå av graderinger på skalaen mellom de to ytterpunkter.

### **1.1.2 Rettskildebildet**

Arbeidsretten generelt er et gjennomregulert område med 25 <sup>1</sup> lover som omhandler arbeidsforhold i en eller annen sammenheng med flere tilhørende forskrifter.

I tillegg kommer tariffavtaler av ulike omfang og kompleksitet.

---

1 1907-05-05 nr1, 1936-07-16 nr2, 1947-04-26 nr 1, 1947-12-05 nr 1, 1952-12-19 nr 7, 1956-12-21 nr1, 1958-07-18 nr2, 1970-04-17 nr43, 1972-06-16 nr43, 1973-12-14 nr 61, 1977-02-04 nr4, 1978-06-09 nr45, 1983-03-04 nr 3, 1988-05-06 nr21, 1988-05-06 nr22, 1993-06-04 nr58, 1996-08-23 nr63, 2005-06-03 nr33, 2005-06-10 nr40, 2005-06-17 nr62, 2006-05-05 nr13, 2007-02-16 nr9, 2008-06-06 nr38, 2008-06-20 nr42, 200906-19 nr103.

Denne fremstillingens tema er i store trekk regulert i Arbeidsmiljøloven, først og fremst §§ 2-1, 2-3, 4-6, 15-7 og 15-8. Folketrygdlovens regler trekkes inn på de områder der de danner bakgrunn for tolkning og supplerer arbeidsmiljølovens regler.

I tillegg er intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv mellom arbeidstagerorganisasjonene, arbeidsgiverorganisasjonene og staten en kilde til reguleringer, og har vært brukt som fortolkningsbakgrunn i nyere rettspraksis.

Det foreligger utførlige og detaljerte forarbeider til alle relevante lover og endringer i disse.

### 1.1.3 Avgrensninger

Innholdet i aml § 15-7 om vern mot usakelige oppsigelser forutsettes kjent. Kun de vurderinger etter § 15-7 som er spesielt knyttet til oppgavens tema vil bli omtalt. Videre vil ikke virkninger av en eventuell usakelig oppsigelse bli behandlet. Oppgaven omhandler arbeidsgivers og arbeidstagers plikter som inntreffer etter at arbeidsevnen er nedsatt, ikke tiltak for å unngå dette. Oppgaven omhandler således ikke forebyggende HMS-arbeid og krav til å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø. Oppgavens tema inkluderer ikke de bestemmelser som retter seg mot særlige grupper, som for eksempel etter tjenestemannsloven.

### 1.1.4 Definisjoner

#### 1.1.4.1 Arbeidsgiver og arbeidstager

Disse uttrykkene er definert i arbeidsmiljølovens § 1-8:

**”§ 1-8. Arbeidstaker og arbeidsgiver**

*(1) Med arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid i annens tjeneste.*

*(2) Med arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. Det som i denne lov er bestemt om arbeidsgiver, skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten. ”*

Innenfor denne oppgavens tema utgjør disse definisjonene et problemfritt område. Dog med et lite unntak for rekkevidden av omplasseringsplikten etter § 4-6. Da med tanke på hvor langt ”unna” opprinnelig arbeid arbeidstager skal vurderes flyttet som et ledd i tilretteleggingen.

#### 1.1.4.2 Sykefravær

Egenmeldt fravær: Fravær begrunnet i sykdom som dokumenteres av arbeidstager selv etter ftrl § 8-23. Maksimal lengde er tre dager etter folketrygdloven og åtte dager for de som har inngått IA-avtale.

Legemeldt fravær: Fravær begrunnet i sykdom som dokumenteres av behandlende lege etter ftrl § 8-7. Omtales normalt som sykemelding.

Arbeidsgiverperiode: Den del av sykepengene som arbeidsgiver dekker uten at det refunderes fra Folketrygden. Ftrl. § 8-19 hjemler dette.

#### 1.1.4.3 Stopp-punkt

De tidsfrister som loven eller IA-avtale setter for oppfølging av sykemeldt arbeidstager.

#### 1.1.4.4 Funksjonsevne

Fra odelstingsproposisjon nr 102 (2001-2002) side 32:

*”Uttrykket funksjonsevne er innført som et mellomledd mellom sykdommen og den nedsatte inntektsevnen/arbeidsevnen. Begrepet funksjonsevne knytter det medisinske og det ervervsmessige vilkåret sammen. En persons funksjonsevne sier noe om hvordan han eller hun greier å utføre ulike typer oppgaver”*

## 1.2 Kontekst og utvikling

### 1.2.1 Arbeidsgiver, samfunnet og arbeidstager

#### 1.2.1.1 Arbeidsgiver og sykefravær

Inngåelsen av et arbeidsforhold bygger på en forventning fra arbeidsgiver om arbeidskraft til disposisjon. Det har vært uttrykt i litteraturen at: ”arbeidskraften er objektet for arbeidsavtalen”<sup>2</sup> Denne grunnleggende forventningen oppfylles ikke, i det helt eller delvis, når arbeidstager er fraværende grunnet sykdom.

Reguleringer som griper inn i forholdet mellom arbeidsgiver og sykemeldt fikk man allerede i 1842 med Bergverksloven av 14. juli<sup>3</sup>.

Arbeidsmiljølovens bestemmelser, blant annet § 15-8, gjør sykdom til legitim fraværsgrunn.

Sykefravær har økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver. I arbeidsgiverperioden betaler arbeidsgiver sykelønn samt at den må betale for vikarer eller benytte seg av overtid for å dekke opp den fraværende, eventuelt må arbeidsgiver regne med redusert effektivitet i den periode som ingen utfører den sykemeldtes oppgaver.

Gjennomsnittlig kostnad for en dags sykefravær ble av SINTEF beregnet til kr 1700 i 1999<sup>4</sup>. Med en prisstigning på 25,9 % til og med året 2010, skulle da kostnadene være ca 2150kr pr sykefraværsdag i 2010.<sup>5</sup>

Det viser seg at kostnadene ved sykefravær har øket mer enn prisstigningen skulle tilsi, og SINTEF har lagt frem nye tall for 2011. Disse angir en kostnad på 2600 kr pr sykefraværsdag for NHO-bedrifter. <sup>6</sup>

#### 1.2.1.2 Samfunnet og sykefravær

Utgifter til sykefravær utgjør en ikke ubetydelig nasjonal utgiftspost i tillegg til de utgifter arbeidsgiver dekker. Hovedsakelig utgjøres dette av sykelønn etter folketrygdens regler.

---

<sup>2</sup> Dege (2009) side 9

<sup>3</sup> Dege (2009) side 1098

<sup>4</sup> SINTEF A7184

<sup>5</sup> <http://www.ssb.no/vis/kpi/kpiregn.html>

<sup>6</sup> SINTEF A19052



I tillegg har lengden<sup>7</sup> og graden<sup>8</sup> av sykefravær også en nær sammenheng med sannsynligheten for etter hvert å gå over på uføretrygd og dermed ytterligere øke det offentliges utgifter (og samtidig tap av arbeidskraft).

NOU 2000: 27 opererer med en omtrentlig lik fordeling av kostnadene ved sykefravær mellom arbeidsgiver og folketrygden.<sup>9</sup> I samme NOU ble det riktignok knyttet noe usikkerhet til denne fordelingen men ikke i større grad enn at det gir et opplysende bilde av utgiftsfordelingen.

### 1.2.1.3 Arbeidstager og sykefravær

I de to foregående punktene vises det til sykefraværets økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver og samfunnet. Når det kommer til arbeidstager som er sykemeldt, er de økonomiske konsekvensene regulert av folketrygdloven § 8-16 som sier at det som sykepenges skal ytes 100 % av sykepengegrunnlaget.

Sykepengegrunnlaget er definert i §§ 8-28 til 8-30, med en begrensning i § 8-10, 2.ledd på seks ganger Folketrygdens grunnbeløp<sup>10</sup>, denne begrensningen gjelder dog ikke de første 16 kalenderdager av fraværet, jfr. de samme bestemmelser og § 8-19.

Sykepengenes maksimale beløp utgjorde således pr 1. mai 2010 kr 37818 pr måned. Inntil denne sum betales full lønn.

For året 2010 utgjorde gjennomsnittlig lønn i Norge kr 36700 pr måned<sup>11</sup>.

Sammenholder man disse to månedstallene, ser man at sykefravær ikke utgjør noen økonomisk forskjell for en gjennomsnittlig arbeidstager i tilnærmet det første året jfr. ftrl §§ 8-12 og 8-19.<sup>12</sup>

En andel arbeidstagere er også omfattet av tariffbestemmelser eller individuelle avtaler som øker disse ytelsene og gir full lønn, uten begrensninger, hele sykefraværperioden.

---

<sup>7</sup> Se for eksempel Rikstrygdeverket 10/2003 side 28 (i sammenhengen aktiv sykemelding).

<sup>8</sup> IZA DP No. 5343

<sup>9</sup> NOU 2000: 27 side 46

<sup>10</sup> Grunnbeløpet utgjør kr 75641,- pr år og kr 6303,- pr mnd 1. Mai 2010 ([www.nav.no](http://www.nav.no))

<sup>11</sup> [www.ssb.no/lonn/](http://www.ssb.no/lonn/)

<sup>12</sup> I "Grunnlag for drøftinger om en ny IA-avtale, Rapport fra en partssammensatt arbeidsgruppe 13. november 2009" side 11 omtales dette faktum: "*OECD peker på at de svake økonomiske insentivene i den norske ordningen bidrar til et høyt fravær*"

### 1.2.2 Kort oversikt over aktuelle bestemmelsers innhold

#### 1.2.2.1 Arbeidsmiljøloven (LOV 2005-06-17 nr 62: Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.)

§ 1-1 bokstavene c og e. Lovens formål inkluderer å legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet og bidra til et inkluderende arbeidsliv.

§2-1. Definerer arbeidsgivers plikter.

§2-3. Definerer arbeidstagers plikter.

§4-6. Regulerer tilretteleggingsarbeidet for arbeidstagere med redusert arbeidsevne.

§15-7. Sier at oppsigelse skal være saklig begrunnet.

§15-8. Arbeidstager kan ikke sies opp grunnet sykefravær de første 12 måneder av fraværet.

#### 1.2.2.2 Folketrygdloven (LOV 1997-02-28 nr 19: Lov om folketrygd.)

§ 8-4. Gir arbeidstager rett til sykepenges ved arbeidsuførhet

§ 8-6. Sier at det skal iverksettes arbeidstrening så snart som mulig under uarbeidsuførhet.

§ 8-8. Setter krav om medvirkning og opplysning for den som mottar sykepenges.

#### 1.2.2.3 Bestemmelser som likner, folketrygdloven og arbeidsmiljøloven.

Enkelte av bestemmelsene i folketrygdloven og arbeidsmiljøloven angir tidsfrister og regler for forhold av samme karakter. Disse skal overholdes av samme subjekt (hhv ”medlemmet” og ”arbeidstager”) men overfor ulike instanser eller av ulike årsaker. Eksempler på dette er ftrl § 8-18, 3. ledd om tidsfrister for fremsetting av melding om sykefravær. Dette er en bestemmelse som kun har betydning til retten til å motta sykepenges og skal ikke forveksles med aml § 15-8(3) om å gi varsel til arbeidsgiver for å være beskyttet av oppsigelsesvernet, selv om dokumentasjonen i begge tilfeller oftest vil utgjøres av sykemeldingen.

Et annet eksempel er ftrl § 8-9 om oppholdsland som vilkår for sykepengen. Dette har ingen innvirkning på oppsigelsesvernet etter § 15-8. Rent praktisk kan det dog få betydning for medvirkningsplikten.

En egenmelding etter folketrygdlovens § 8-3 vil være tilfredsstillende for inntreden av oppsigelsesvernet etter arbeidsmiljøloven § 15-8, men har ikke samme funksjon.

Det er ikke vanskelig å skille de ulike regler og hensynene bak, men det er en fordel å være bevisst på forhånd at det kan være rom for sammenblandinger.

### 1.2.3 Sandmannutvalget

Etter at man gjennom -90-tallet hadde vært vitne til en stadig reduksjon i den ”budsjettmessige handlefriheten” grunnet økende utgifter til sykefravær og uførestønader, ble det i 1999 nedsatt et offentlig utvalg for en generell utredning rundt tilstanden. Utvalget skulle også foreslå forbedringer i den hensikt for å redusere utgiftene i sammenheng med sykefravær og uføretilgang.

Utvalgets leder ble daværende fylkesmann i Buskerud, Matz Sandmann og utvalget har siden gått under betegnelsen ”Sandmannutvalget”. Dets rapport, NOU 2000: 27, ble fremlagt i september 2000 og har i tiden etter dette definert retningen for en stadig pågående utvikling på området. Koblingen mellom sykefravær og uføretilgang er tett, men det er rapportens omtale av sykefraværsarbeidet som er av interesse for denne oppgaven.

Kort oppsummert inkluderte utvalgets forslag at sykefraværsarbeidet, tilretteleggingen og oppfølgingen, måtte utføres på et ”lavere nivå”. Det måtte i første rekke gjøres innenfor den enkelte arbeidsplass.

Dette er basert på flere forhold. Det er den enkelte arbeidsgiver og arbeidstager som best kjenner forholdene og utfordringene innen arbeidsplassen. Tiltakene kan dermed settes inn mer presist og på et tidligere nivå. På dette nivået blir også ”eierskapet” til tiltakene større enn tiltak som kommer inn på et sent tidspunkt og blir ”pådyttet utenfra” (for eksempel fra det offentlige).

Utvalget konkluderte også med at de økonomiske incentivene for fortsatt arbeid måtte styrkes. Det måtte være en økonomisk gevinst både for arbeidstager og arbeidsgiver i å finne tiltak som holdt arbeidstager i arbeid selv med visse reduksjoner i arbeidsevnen.

Man så også et behov for å gjøre virkemidlene for å holde arbeidstagere mer fleksible og gjøre det mulig å treffe valg basert på de faktiske forhold.

Et utslag av mer tilpassede løsninger var også en økende mulighet til å utnytte den arbeidsevnen som arbeidstager faktisk besitter. Det skulle gjøres en funksjonsvurdering som skulle resultere i at arbeidstager skulle arbeide det som var mulig innenfor funksjonsbildet.

En bevisstgjøring og ansvarliggjøring av de riktige parter skulle være utgangspunktet for å redusere sykefraværet. I tillegg ble det etterlyst en samlet sykefraværstatistikk for å følge den reelle utviklingen.

#### 1.2.4 Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen)

Den første intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv ble inngått mellom arbeidstagerorganisasjonene, arbeidsgiverorganisasjonene (og staten som arbeidsgiver) og staten i 2001. Avtalen sprang ut fra samme faktum som lå til grunn for oppnevnelsen av Sandmannutvalget, nemlig at grep måtte tas for å redusere sykefraværet og tilstrømmingen til uføretrygd.

At man valgte en avtale på denne måten, og ikke gikk direkte til lovendringer kan ha hatt sitt opphav i Sandmannrapporten. Som nevnt foreskrev man etter denne et flytte av engasjementet inn til arbeidsgiver og arbeidstager for å oppnå de ønskede resultater. Valget av å gjøre en avtale av denne typen, i motsetning til umiddelbare lovendringer, kan sies å være et skritt mot større involvering av partene.

Parallelt inntok man også endringer i lovs form som var nødvendige for at avtalen skulle kunne iverksettes.

Noen endringer som helt eller delvis tilsvarte de forpliktelser IA-avtalen innebar, ble og inntatt.

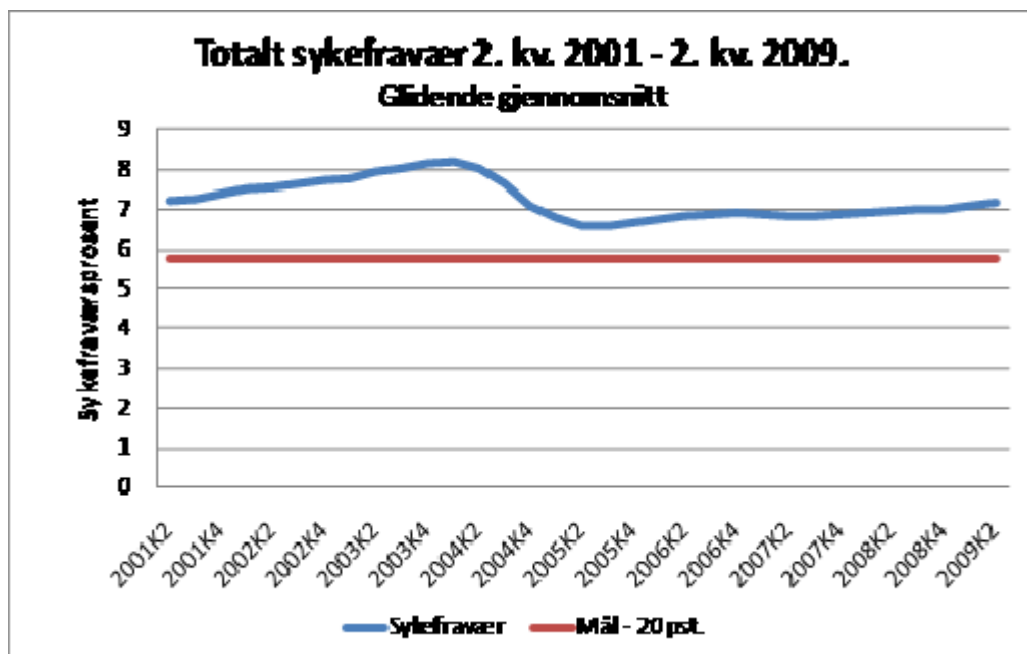
Det var lagt opp til en evaluering av IA-avtalen i 2003, med tanke på om det skulle videreføres. Dette ble gjort og kort oppsummert hadde ingen av delmålene blitt nådd. For sykefraværets del, var dette opp 10 % siden avtaleinngåelsen.

Man valgte likevel å videreføre avtalen ut 2005, men skjerpet også krav og forpliktelser i lovs form for å sette et tydeligere fokus på området. Dette på områder som krav til aktivitet som vilkår for sykepenger og konkrete oppfølgingsregler.

En ny og reforhandlet avtale tok til å gjelde for perioden 2006-2009. Denne avtalen er ikke like lenger så konkret i krav til partene, store endringer var jo gjort allmenngyldige i lovs form. De kvantitative målene for avtalen lå likevel fast, til tross for begrenset suksess.

IA-arbeidet og avtalen for perioden 2001-2009 ble evaluert, som forutsatt, i en større rapport fra SINTEF<sup>13</sup>. Denne ble publisert i juni 2009 og konkluderte, blant annet, med at IA-virksomhetene hadde fulgt opp avtalen godt og at samarbeidet mellom disse og NAV arbeidslivssenter (kontaktpunkt for IA-arbeidet) fungerte godt. Frem til rapportens fremlegging, hadde det også vært en nedgang i sykefraværet (se graf). Under arbeidet før tredje IA-avtale bygget man på de erfaringer man hadde gjort så langt og de konklusjoner som forelå i overnevnte rapport. Dette førte inn i en diskusjon rundt sykelønnsordningen, som fra flere hold<sup>14</sup> ble pekt på som en medvirkende årsak til begrenset suksess i sykefraværsreduksjonen. Man valgte likevel ikke å gjøre endringer på dette området. Ny avtale forelå 1. mars 2010 og denne gjelder til 2013.

Grafen inntatt viser begrenset suksess for målet om 20 % reduksjon i sykefraværet.<sup>15</sup>



<sup>13</sup> SINTEF A11947

<sup>14</sup> Også ”ekspertutvalget” se lenger ned

<sup>15</sup> Grafen er hentet fra ”Grunnlag for drøftinger om en ny IA-avtale” 13. november 2009.

#### 1.2.4.1 Avtalens utviklende rolle

På mange måter kan IA-avtalen sees på som en ramme for utprøving av virkemidler i søken etter å redusere sykefraværet. En frivillig ramme som er ment å engasjere på de nivåer hvor utfordringene best løses.

Endringer som har kommet gjennom IA-avtalen og som man har sett lykkes, har i stor grad blitt overført i lovs form og således har rammen som avtalen setter skapet et rom for utvikling gjennom praktisk prøving.

Et eksempel på denne utprøvingseffekten er en stadig kortere tid før første stopp-punkt i sykefraværsoppfølgingen. Fristen finnes i aml § 4-6 (3).

Dette er en av bestemmelsene som har oppstått og endret seg i forsinket takt med IA-avtalen. IA-bedrifter har hatt et krav om å utarbeide oppfølgingsplan senest etter seks uker siden inngåelsen av den første IA-avtalen i 2001.

En tilsvarende frist, men av åtte ukers varighet, ble også inntatt i lovs form etter ot. Prp. Nr. 18 (2002-2003), denne ble videreført ved vedtagelsen av ny arbeidsmiljølov i 2005.

I 2007 ble lovens regel endret til seks uker (LOV-2007-02-23-10).

I protokoll av 24. februar 2010 vedrørende IA-avtale for perioden 2010-2013 er denne fristen igjen redusert for IA-bedrifter, da til fire uker.

Sommeren 2011 vil igjen lovens regel følge etter og forslaget i Prop.89L (2010-2011) setter en generell frist på fire uker for utarbeidelse av oppfølgingsplan.

Nødvendigheten av å følge opp endringene i lovs form kan finnes i dette sitatet:

*”Selv om de ulike elementer i Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv langt på vei kan sies å tilsvare forslagene til endringer i arbeidsmiljøloven, var det likevel bare et mindretall av virksomhetene som valgte å inngå samarbeidsavtale med trygdeetaten.”<sup>16</sup>*

Det er riktignok ikke av nyeste dato, men er fremdeles aktuelt.

---

<sup>16</sup> NOU 2004: 5 pkt 11.1.4.3

### 1.2.5 Ekspertutvalget

På tross av avtale om mer inkluderende arbeidsliv og påfølgende regelendringer, hadde man i 2009 ennå ikke oppnådd den ønskede reduksjon i sykefraværet. Sykefraværet var i tredje kvartal 2009 på ca 7,7 %, tilnærmet samme verdi som tredje kvartal 2001. Målet om lavere tilstrømming til uføretrygd var heller ikke oppnådd, på langt nær.

Man nedsatte derfor et utvalg bestående utelukkende av vitenskaplig ekspertise, det såkalte "ekspertutvalget". Disse fremla sin rapport 1. februar 2010. Hovedtrekkene i deres konklusjoner på tiltak for å redusere sykefraværet er sterkere økonomiske incentiver både for arbeidsgiver og arbeidstager, (i praksis, en reduksjon i sykepenges og øket arbeidsgiverperiode.) og en sterkere "portvokterfunksjon" i sykemelder.

## 1.3 Arbeidsgivers plikter i forbindelse med sykefravær

Det å redusere sykefraværet kan grovt deles i tre deler. Reduksjon i antall tilfeller, i sykemeldingsgraden og i varigheten av hvert tilfelle. Det er disse tre momenter som gjenspeiles i arbeidsgivers plikter under sykefraværet. Plikter som i hovedsak utgjøres av tilrettelegging og utarbeidelse av oppfølgingsplaner.

Arbeidsmiljølovens § 2-1 pålegger arbeidsgiver plikten til å sørge for at alle lovens bestemmelser overholdes.

### 1.3.1 Tilretteleggingsplikten for arbeidstager med redusert arbeidsevne

Arbeidsgiver plikter å tilrettelegge for arbeidstager som har fått sin arbeidsevne nedsatt, jfr. aml § 4-6(1) som sier følgende:

*"Hvis en arbeidstaker har fått redusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l., skal arbeidsgiver, så langt det er mulig, iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid. Arbeidstaker skal fortrinnsvis gis anledning til å fortsette i sitt vanlige arbeid, eventuelt etter særskilt tilrettelegging av arbeidet eller arbeidstiden, endringer i arbeidsutstyr, gjennomgått arbeidsrettede tiltak e.l."*

Hensynet bak en slik regel er at fravær ofte kan unngås helt, delvis eller bli av vesentlig kortere dersom arbeidstager får mulighet til å utøve de oppgaver som ligger innenfor det arbeidsevnen tilsier. Forskning viser at man ved å opprettholde et nærvær til

arbeidsplassen, vil ha større sannsynlighet for å komme tilbake i ordinær jobb og at dette skjer raskere.<sup>17</sup>

Det er ikke oppstilt noen tidsavgrensning for tilretteleggingsplikten i seg selv, og den må antas å bestå så lenge arbeidstager har redusert arbeidsevne dersom en totalvurdering tilsier dette. ”Totalvurdering” tilsvarer den saklighetsvurdering som gjøres i forbindelse med oppsigelse. Se videre i delkapittel 1.3.1.3.1

#### 1.3.1.1 Tilrettelegging av opprinnelig arbeid

Som det fremgår av den siterte lovteksten over, er det i første omgang arbeidsgivers opprinnelige oppgaver som ska tilrettelegges ved en reduksjon i arbeidsevne.

Typiske eksempler på slik tilrettelegging er anskaffelse av utstyr som reduserer problematiske belastninger, endring av visse arbeidsoppgaver, tilpasning av arbeidstiden og hjelp fra andre medarbeidere.

Plikten til tilrettelegging er vidtrekkende. Høyesterett uttaler blant annet ” *Som nevnt av den ankende part, er det i forarbeidene til arbeidsmiljøloven klare indikasjoner på at arbeidsgiverens forpliktelser overfor den yrkeshemmete skal være betydelige.* ”<sup>18</sup>.

I tiden etter dette ble uttalt, kan man trygt legge til grunn at den ikke har blitt redusert, og det uttales i forarbeidene til ny arbeidsmiljølov: ” *Departementet vil imidlertid understreke at lovens skjønnstema innebærer at arbeidsgivers plikter er vidtrekkende.* ”<sup>19</sup>

Selv om plikten er vidtrekkende, strekker den seg ”*så langt som mulig*”. Den er altså relativt omfattende, men innebærer ikke et absolutt krav verken til tilrettelegging av eksisterende arbeid eller til å finne et arbeide arbeidstager kan utføre.

Det kan, for eksempel tenkes at det er vanskelig for bedriften å løse de oppgaver som gjenstår etter at arbeidstager har fått fritak for deler av sine normale arbeidsoppgaver. Dette vil være enklere å løse i større bedrifter med flere ansatte hvor oppgaver kan fordeles. I vurderingen av hva som er tilfredsstillende grad av tilrettelegging etter

---

<sup>17</sup> Se for eksempel NOU 2010 :13 pkt 6.5.4

<sup>18</sup> Rt 1995 side 227

<sup>19</sup> Ot. Prp. nr 49 (2004-2005), se også for eksempel NOU 2004: 5 punkt 11.1.4.3



ordlyden ”så langt det er mulig” skal det ”[...] foretas en konkret helhetsvurdering, der virksomhetens art, størrelse, økonomi og arbeidstakers forhold må veies opp mot hverandre”<sup>20</sup>

Funksjonsnedsettelses lengde er et moment som må tas med i denne vurderingen. Det vil være urimelig å kreve at arbeidsgiver skal iverksette større, kostbare tiltak for å avhjelpe funksjonsnedsettelse av kort varighet.

Tilretteleggingen må være hensiktsmessig i den forstand at de tiltak man iverksetter må utgjøre en faktisk tilpasning av arbeidet til arbeidstagers funksjonsevne.

### 1.3.1.2 Omplassering

Dersom tilrettelegging som nevnt over ikke er mulig eller tilstrekkelig for å holde arbeidstager i arbeid, plikter arbeidsgiver å vurdere en omplassering. Dette kan leses ut av lovtekstens ”få et passende arbeid”.

Størrelsen på arbeidsgivers virksomhet vil få betydning også i en vurdering av omplassering. Hos en større arbeidsgiver med flere funksjoner som skal løses vil være større sannsynlighet for en ledig, passende stilling eller ”uløste” arbeidsoppgaver som ikke nødvendigvis utgjør en stilling formelt sett.<sup>21</sup> Arbeidsgivers plikter går ikke så langt som å opprette en stilling for arbeidstager med redusert arbeidsevne.<sup>22</sup>

Vurderingen av om det finnes andre, passende stillinger kan man gjenkjenne fra aml § 15-7 (2) 1. pkt om at en oppsigelse ved driftsinnskrenkelser er usaklig dersom arbeidsgiver kan tilby annet arbeid i virksomheten, og vurderingskriteriene er på en god måte gjort rede for i dommen lg-2007-124516:

Dersom det er tale om en mindre arbeidsgiver med et begrenset antall oppgaver som skal utføres, vil det være vanskelig å finne alternative stillinger og oppgaver. Dette er igjen et moment i en senere vurdering om av om arbeidsgiver har oppfylt sine tilretteleggingsplikter og om oppsigelse på bakgrunn av sykefravær kan være saklig.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Ot. Prp. nr 49 (2004-2005)

<sup>21</sup> Jfr LG-2007-124516

<sup>22</sup> Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) side 309

<sup>23</sup> Dette var tilfellet i LB-2000-03513 hvor en ansatt ved et go-cartsenter ikke lenger var i stand til å utføre de oppgaver som fantes i bedriften som et resultat av en skade pådratt under arbeid.

Arbeidsgiver har ingen automatisk plikt til å fortrenge andre arbeidstagere til fordel for en som har fått sin funksjonsevne nedsatt, jfr Rt 1995 s227 hvor Høyesterett uttaler:

*”Som nevnt av den ankende part, er det i forarbeidene til arbeidsmiljøloven klare indikasjoner på at arbeidsgiverens forpliktelser overfor den yrkeshemmete skal være betydelige. Dette går både på plikten til å tilrettelegge den yrkeshemmetes virksomhet slik at han kan fortsette i sitt vanlige arbeid, og på plikten til om nødvendig å skaffe ham annet arbeid. Det finnes imidlertid intet om hvordan man skal forholde seg hvis den yrkeshemmete bare kan hjelpes på bekostning av andre arbeidstakere.*

*Jeg finner det for min del vanskelig å tolke § 13 nr 2 slik at andre arbeidstakeres rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes til fordel for den yrkeshemmete. Noe slikt ville etter min mening ha krevet klar tale i lovtekst eller iallfall i forarbeider. Derimot kan saken kanskje stille seg annerledes hvis arbeidsgiveren innenfor rammen av sin vanlige styringsrett kan beordre en annen arbeidstaker til å ta over den yrkeshemmetes arbeid, også om dette skjer mot vedkommendes ønske. Jeg tenker da på de tilfelle der arbeidskontrakten er slik utformet at den dekker begge stillingene”.*

Men som man ser, gjøres det en åpning for slik ”fortregning” dersom stillingsbeskrivelsene er relativt like og et bytte kan sies å ligge innenfor arbeidsgivers styringsrett.

I motsatt ende av liknende problemstilling, kan det også reises spørsmål om hva slags arbeid arbeidstager gjennom en ensidig disposisjon fra arbeidsgiver kan omplasseres til som et ledd i en tilrettelegging.

Dette spørsmålet må avgjøres på bakgrunn av hvor langt arbeidsgivers styringsrett strekker seg. En nærmere grensedragning er behandlet i ”Nøkk-dommen” (Rt2000 side 1602/HR-2000-46-B).

I denne saken anførte ankende part at arbeidstager må kunne tillegges andre arbeidsoppgaver så lenge stillingens *grunnpreg* ikke endres, dette fikk tilslutning fra Høyesterett. ”Stillingens grunnpreg” som grensedragning er nevnt flere steder i teorien og har forut for ”Nøkk-dommen” fått tilslutning i flere rettsavgjørelser.<sup>24</sup>

I dommen TBERG-2010-33846 (videre omtalt under) gjøres nettopp en slik vurdering gjennom å sammenlikne tidligere arbeidsoppgaver og arbeidsoppgaver i stillingen

---

<sup>24</sup> For eksempel LA-1998-332, LB-1995-826, LB-1993-2665

arbeidstager ble overflyttet til. Gjennom denne sammenlikningen fant Retten ut at stillingens grunnpreg var i behold og overflytting var innenfor arbeidsgivers styringsrett.

Dersom andre tilrettelegginger ikke er tilstrekkelige for arbeidstagers arbeidsevne og det skulle bli en passende stilling ledig hos arbeidsgiver, skal denne tilbys arbeidstager før den kan lyses ut.<sup>25</sup> Arbeidstager har dog ingen rett til å velge blant alternative, tilstrekkelige tilrettelegginger.

Arbeidsgiver vil måtte regne med en viss opplæring i en eventuell annen stilling dersom arbeidstager ikke har kompetanse til å utføre det alternative arbeidet. Vurderingen her likner på vurderingen om ”passende arbeid”, jfr lg-2007-124516 hvor Retten gir sin tilslutning til juridisk teori.<sup>26</sup>

### 1.3.1.3 Behovets årsak

Tilretteleggingsplikten i § 4-6 tar ikke først og fremst sikte å regulere en plikt til å tilrettelegge for funksjonshemmende med en varig funksjonshemming, herunder en funksjonshemming som forelå på ansettelsestidspunktet. Men bestemmelsen i § 4-6 er heller ikke ment å utelukke disse tilfellene<sup>27</sup>

For øvrig er tilfeller i forbindelse med ”funksjonshemmede” spesifikt regulert av aml § 4-1 og tilgjengelighetslovens § 12(se nedenfor).

---

<sup>25</sup> Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 309

<sup>26</sup> Fra dommen LG-2007-124516:

”Det gjelder tilnærmet samme krav ved saklighetsvurderingen i forhold til annet passende arbeid, jf også forfatteren på side 151.

Det heter videre på side 152: « At arbeidstaker skal være skikket, innebærer ikke nødvendigvis at det kan kreves full effektivitet første dag. Ved rekruttering av arbeidstakere er det som regel nødvendig med en viss opplæring, og dette må arbeidsgiver avfinne seg med også for arbeidstakere som er aktuelle for omplassering. Avhengig av bedriftens situasjon og arbeidstakerens alder m v, må det trolig også aksepteres en noe lengre « innkjøringsperiode » enn det som ellers er vanlig. »

Arbeidsgivers plikt til å undersøke mulighetene for en annen stilling « innebærer likevel ikke noen plikt til å foreta eller bekoste noen egentlig faglig opplæring av den ansatte », jf Jakhellén: Ansiennitetshensyn s 131.”

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 104

Det trekkes i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 en grense mot behov for tilrettelegging som følge av nedsatt arbeidsevne med bakgrunn i andre forhold enn *”ulykke, sykdom, slitasje e.l.”*.

Det dreier seg da om mindre endringer i arbeidsevnen som en følge av alder, utenforliggende forhold varierende evner mellom arbeidstagere og liknende.<sup>28</sup>

Behovet tilrettelegging reguleres da ikke av aml § 4-6, men av aml § 4-2, 2. ledd bokstav b.

Dege<sup>29</sup> skriver at det påhviler arbeidsgiver et enda større ansvar for tilrettelegging dersom sykefraværet er pådratt i arbeidsgivers tjeneste og henter støtte for dette i Ot.Prp. nr. 3 (1975-1976) s. 70. Regelen er en videreføring av tilsvarende bestemmelser i tidligere lov og dennes forarbeider kommer dermed inn.

Her kan det være verdt å merke seg at forarbeidene til dagens lov uttrykker eksplisitt at bestemmelsen gjelder uavhengig av om endringen i helsetilstand har sammenheng med arbeidet eller ikke. Et annet moment som trekker i samme retning, er at man har forlatt koblingen mellom skade på arbeidsplassen og oppsigelsesvernets lengde i nåværende § 15-8. I tillegg tilsier det aspekt at frafall fra arbeidslivet etter någjeldende regler og intensjoner skal ansees som en felles utfordring. Ansvar for å unngå dette deles dermed av alle parter, enten funksjonsreduksjon kommer av forhold på eller utenfor arbeidsplassen..

#### 1.3.1.3.1 Forholdet til diskriminerings og tilgjengelighetslovens § 12

Diskriminerings og tilgjengelighetsloven (Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne) § 12 inneholder en bestemmelse som kan likne på tilretteleggingsplikten etter § 4-6:

§ 12, første ledd:

*”Arbeidsgiver skal foreta rimelig individuell tilrettelegging av arbeidsplass og arbeidsoppgaver for å sikre at en arbeidstaker eller arbeidssøker med nedsatt funksjonsevne*

---

<sup>28</sup> Ot.prp. nr 49 (2004-2005) pkt 7.3.7 side 104

<sup>29</sup> Dege (2009) side 1113

*kan få eller beholde arbeid, ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling samt utføre og ha mulighet til fremgang i arbeidet på lik linje med andre. Første punktum gjelder tilsvarende for arbeidsgivers valg og behandling av innleide arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. ”*

§ 12, fjerde ledd:

*”Plikten etter første til fjerde ledd omfatter ikke tilrettelegging som innebærer en uforholdsmessig byrde. Ved vurderingen av om tilretteleggingen medfører en uforholdsmessig byrde skal det særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen og virksomhetens ressurser. ”*

Bestemmelsen viderefører arbeidsmiljøloven av 2005 § 13-5<sup>30</sup>, som ble opphevet ved vedtagelsen av § 12 og forarbeidene det vises til nedenfor gjelder § 3-15.

Arbeidsgivers forpliktelser til tilrettelegging er nokså tilsvarende i de to bestemmelser og anviser en liknende vurdering for om plikten er oppfylt. Forskjellen i de to bestemmelsene er at de retter seg mot to ulike grupperinger og har ulikt formål.

Jamfør ordlyden i § 12, retter den seg mot gruppen arbeidstagere og arbeidssøkere.

Bestemmelsen skal sikre at personer med varig funksjonsnedsettelse/funksjonshemming ikke diskrimineres på arbeidsmarkedet i tilfeller der personen ellers er kvalifisert for en stilling<sup>31</sup>

Arbeidsmiljølovens § 4-6 (1) retter seg mot personer som alt er i et arbeidsforhold (”arbeidstager”) og hensynet bak regelen er, som nevnt over, å redusere sykefraværet. Bestemmelsen er i utgangspunktet sikte på tilbakeføring av arbeidstagere med midlertidig funksjonsnedsettelse<sup>32</sup>, men utelukker ikke dermed at tilretteleggingsplikten etter § 4-6 også gjelder funksjonsnedsettelse av mer permanent karakter. Dette kan tenkes praktisk i en situasjon hvor arbeidstager starter med midlertidig funksjonsnedsettelse som etter hvert blir permanent. Det kan da være hensiktsmessig å fremdeles være innenfor samme bestemmelse, og dermed samme krav til oppfølgingsplan og liknende.

---

<sup>30</sup> Ot. Prp. Nr. 44 (2007-2008) side 264

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 327 (om aml § 3-15)

<sup>32</sup> Ot. Prp nr. 49 (2004-2005) side 104

Linjen mellom nåværende § 12, 1. ledd og § 4-6 (1) greit i Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) side 328:

*”Når begrepet «funksjonshemming» benyttes i lovteksten skal dette tolkes slik at tilretteleggingsplikten etter § 13–5 omfatter arbeidssøkere og arbeidstakere med varig funksjonsnedsettelse. Tilrettelegging for arbeidstakere med midlertidig redusert arbeidsevne (eksempelvis forbigående sykdomstilstander eller skader) reguleres av § 4–6. Denne gruppen vil ha tilsvarende rett til tilrettelegging av arbeidet, men vil ikke være underlagt diskrimineringskapitlets særlige sanksjonsbestemmelser i § 13–9 og § 13–10”*

Det oppstilles momenter i vurderingen om tilretteleggingsplikten etter § 12 er oppfylt i tilstrekkelig grad<sup>33</sup>, men foreligger ingen rettspraksis på området. Vurderingen må antas ikke å tilsi en strengere tilretteleggingsplikt enn etter § 4-6 (1), da man i realiteten ville nærme seg et absolutt oppsigelsesvern for arbeidstakere med redusert arbeidsevne.

#### 1.3.1.4 Tilretteleggingens ytterligere rolle

Faktisk etterlevelse av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt for arbeidstager med redusert arbeidsevne etter § 4-6 (1) utgjør en forutsetning for folketrygdlovens bestemmelser om arbeidsrelatert aktivitet under sykemelding som vilkår for å motta sykepenger i § 8-4, 2.ledd og § 8-6, 1. ledd (innført ved lov 41/2004).

Man kunne her sett for seg at den sykemeldte kom i en vanskelig situasjon dersom arbeidsgiver ikke var villig, eller hadde mulighet for tilrettelegging. Det uttales derfor i forarbeidene til arbeidsmiljølovens av 2005 at aml. § 4-6 og folketrygdlovens § 8-4 skal sees i sammenheng og sykemeldtes aktivitetsplikt ikke strekker seg lenger enn arbeidsgivers muligheter for tilrettelegging.<sup>34</sup>

Tilrettelegging av arbeidet må også sies å være en forutsetning for regelen i ftrl § 8-6, 2. ledd, som gjør gradert sykemelding til hovedregelen dersom arbeidstager kan utføre hele eller deler av sine arbeidsoppgaver med tilrettelegging.

---

<sup>33</sup> Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) side 328

<sup>34</sup> Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 309

### 1.3.2 Oppfølgingsplan

Arbeidsmiljølovens § 4-6(3)<sup>35</sup> pålegger arbeidsgiver, i samarbeid med arbeidstager, å utarbeide en oppfølgingsplan så tidlig som mulig i sykefraværet, senest etter seks uker<sup>36</sup>. En slik plan skal gi et bilde av arbeidstagers alminnelige arbeidsoppgaver og arbeidstagers muligheter for å utføre arbeid. Den skal inneholde konkrete tiltak fra arbeidsgivers side samt eventuelle tiltak som inkluderer bistand fra myndighetens (for eksempel NAV) side og oppfølging av disse punktene.

Arbeids og sosialkomiteen i arbeidene med den nye loven har bemerket at planen skal være dynamisk slik at den kan revideres og utvikles i takt med den sykemeldtes fremgang, eventuelt tilbakegang og endringer i bedriftens muligheter til tilrettelegging.

<sup>37</sup> Oppfølgingsplanen har som funksjon å konkretisere partenes lovpålagte arbeid i tilretteleggingen etter § 4-6(1). Den vil inngå som dokumentasjon på ulike utprøvinger, tiltak og vurderinger i en eventuell saklighetsvurdering etter § 15-7 (1) etter verneperiodens utløp<sup>38</sup>. Oppfølgingsplanen skal også innhentes av NAV tidligst mulig, og senest etter 12 uker jfr ftrl § 8-7, 7. ledd, som dokumentasjon for arbeidsrelatert aktivitet.

§ 4-6 (3) inkluderer en reservasjon for plikten til utarbeidelse av oppfølgingsplan dersom det er ”åpenbart unødvendig”. Åpenbart unødvendig kan inkludere tilfeller i hver sin ytterkant, enten der arbeidstager helt klart kan vende tilbake uten tilrettelegginger eller tilfeller der arbeidstager ikke noensinne vil kunne vende tilbake<sup>39</sup>. En tidlig kontakt mellom arbeidsgiver og sykemeldt arbeidstager er i alle tilfeller nødvendig for i det hele tatt å avklare hva slags situasjon man står overfor.

---

<sup>35</sup> Det samme pålegget finnes også i ftrl § 25-2, 2. ledd

<sup>36</sup> Se for øvrig om utviklingen her i tidligere kapittel. Endres til fire uker etter Prop.89L (2010-2011)

<sup>37</sup> Innst.O. nr 29 (2006-2007) s. 5

<sup>38</sup> Ot.prp. nr 18 (2002-2003) pkt 2.5.2.3

<sup>39</sup> Ot.prp. nr 18 (2002-2003) pkt 2.5.2.3

### 1.3.3 Dialogmøte I

Arbeidsgiver plikter å innkalle til dialogmøte når arbeidstager har vært borte fra arbeidet i 12 uker, jfr. arbeidsmiljøloven § 4-6 (4). Bestemmelsen har kommet til underveis i arbeidsmiljølovens levetid og trådte i kraft 23. februar 2007.

Bedriftshelsetjenesten skal være representert, og formålet med dialogmøtet er å gjennomgå tilretteleggingen så langt, kvalitetssikre dette arbeidet, se på konkrete tilpasninger av arbeidet og den videre fremdrift.<sup>40</sup>

Sykemelder skal delta dersom arbeidstager ønsker det. Arbeidsgiver har ingen slik mulighet alene.

Plikten til å gjennomføre Dialogmøte I reiser få problemstillinger. Som nevnt, er det i første rekke en arena for å evaluere arbeidet som er utført så langt og om dette har fungert etter hensikten. Verdt å nevne er det dog at arbeidstager er gitt en eksplisitt plikt til å delta i møtet gjennom aml § 2-3 (2) bokstav g.

## 1.4 Arbeidstagers plikter under sykefravær

### 1.4.1 Plikt til å bli frisk?

Som nevnt innledningsvis i oppgaven, utgjør arbeidstagers fravær et brudd på de forventninger arbeidsgiver har hatt ved å inngå arbeidsavtalen, nemlig å få arbeidskraft til disposisjon. Det kan imidlertid ikke oppstilles et prinsipp om at arbeidstager derfor har en plikt til å bli frisk. Det er mer naturlig å se på om sykemeldt arbeidstager har plikt til å gjøre sitt beste for at sykefraværets varighet og grad blir til minst mulig skade for arbeidsgiver gjennom å skjøtte sin helse på en god måte. I alle fall å unnlate å utsette seg for situasjoner som gjør at arbeidsuførheten forlenges eller forverres i grad.

Folketrygdloven opererer underforstått med en slik plikt overfor Folketrygden i det den har sanksjonsregler i § 21-8 for skjødesløshet med helsen under utbetaling av sykepenger fra Folketrygden:

*”Bortfall av rett til ytelser når mottakeren er skjødesløs med sin helse m.m.*

[...]

---

<sup>40</sup> Ot. prp. 6 (2006-2007)



*En innvilget ytelse som nevnt i første ledd kan helt eller delvis holdes tilbake eller stanses dersom medlemmet uten rimelig grunn unnlater å rette seg etter legens råd. Det samme gjelder dersom medlemmet opptrer på en måte som han eller hun bør forstå kan forverre helsetilstanden eller forlenge arbeidsuførheten.”*

Disse underforståtte pliktene overfor Folketrygden har ingen umiddelbar innvirkning på arbeidstagers plikter overfor arbeidsgiver, men LH-1997-00889 behandler bruk av folketrygdlovens § 21-8 analogisk i arbeidsforhold:

*”Prinsippet om lojalitetsplikt når det direkte gjelder arbeidstakers ivaretagelse av egen helse er nedfelt i den nye folketrygdloven § 21-8, som lyder slik:*

*[...]*

*Etter sin ordlyd og plassering tar bestemmelsen direkte sikte på regulering av ytelser etter folketrygden. Lagmannsretten er imidlertid enig med den ankende part i at det er riktig å anse dette som et mer generelt prinsipp [sic] i arbeidsforhold.”*

I juridisk teori, har blant andre Dege konstatert en ”rehabiliteringsplikt” ut fra lojalitetshensyn til arbeidsgiver for å kunne gjenoppta sin arbeidsplikt så snart som mulig<sup>41</sup>

I LH-1997-00889, også nevnt over, ble det av medisinsk sakkyndige konstatert at sykemeldtes oppførsel var ”medisinsk utilrådelig” og at handlingen trolig hadde forverret sykdomstilstanden. Retten fant imidlertid ikke at arbeidstager gjennom sine handlinger hadde tilsidesatt lojalitetsplikten til arbeidsgiver. Rent konkret legger retten vekt på arbeidstagers oppfattelse av å være i en nødssituasjon som årsak til handlingen. Av mer generell interesse uttales det: *”Det dreier seg om et engangstilfelle. Det er ikke sannsynliggjort at hendelsen har virket inn på sykdomsforløpet på en vesentlig negativ måte eller medført at sykemeldingsperioden ble forlenget unødige.”*

Avgjørelsen oppstiller et greit sett med holdepunkter som kan brukes i en vurdering av om arbeidstager har opptrådt illojalt gjennom å utsette seg for uheldige situasjoner under sykefraværet.

---

<sup>41</sup> Dege (2009) pkt 45.16.2

#### 1.4.2 Arbeidstagers medvirkningsplikt

I tidligere arbeidsmiljølov var arbeidstager og arbeidsgiver hver tildelt sine eksplisitte plikter under kapitlet ” *Arbeidsgiverens og arbeidstakernes plikter.* ”

§ 16 hadde da tittelen ” *Arbeidstakernes plikter* ”. Arbeidsmiljøloven av 2005 benytter i § 2-3 betegnelsen ” *arbeidstagers medvirkningplikt* ”.

Isolert sett kan endringen fra ”plikter” til ”medvirkningplikt” gi inntrykk av å gi arbeidstager en redusert grad av ansvar. Arbeidstagers plikter under sykefraværet kan således tilsynelatende fremstå som plikter som ikke står seg alene, i den betydning at de utgjøres i hovedsak av plikt til å medvirke til arbeidsgivers utøvelse av sine plikter.

Forarbeidene uttaler imidlertid at endringen av uttrykk ikke har vært gjort i et slikt henseende, og at plassering av bestemmelsen og ordvalget skal sette fokus på visse områder og presisere rollefordelingen:

*”Forslaget innebærer derfor ingen materiell endring, men gjøres for å høyne lovens profilering av systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid som virksomhetenes sentrale verktøy i arbeidsmiljøarbeidet[...].”*<sup>42</sup>

I stedet for å angi en bestemt liste over plikter, er det nå et generelt krav til arbeidstager at det skal medvirkes til at arbeidsgivers forpliktelser overholdes.

En slik plikt til ”medvirkning” bør også kunne utledes av arbeidstagers lojalitetsplikt til arbeidsgiver. Arbeidsgiver må kunne regne med at kontraktspartner opptrer på en måte som er med på å understøtte arbeidsgivers utføring av sine plikter.

Lojalitetsplikten er omtalt hos Dege som en av arbeidstagers ”kardinalplikter”<sup>43</sup>, likevel uttales det i samme bok ”Arbeidstager har ingen spesielle plikter overfor arbeidsgiver under sykdommen”<sup>44</sup>.

Slik medvirkningsplikten er formulert, bør det være åpning for å hevde at de forpliktelser som tillegges arbeidsgiver innenfor sykefraværarbeidet, automatisk følges av en plikt for arbeidstager til å bidra fra sin side til at denne plikten oppfylles.

Et slikt syn på medvirkningsplikten er nødvendig for at arbeidsgivers plikter skal la seg gjennomføre, særlig når det kommer til tilrettelegging etter § 4-6,.

---

<sup>42</sup> Ot. prp. nr 49 (2004-2005) side 305

<sup>43</sup> Dege (2009) side 810

<sup>44</sup> Dege (2009) side 1119

### 1.4.2.1 Medvirkning til oppfyllelse av plikter etter § 4-6

#### 1.4.2.1.1 Opplysninger om funksjonsevne

Funksjonsvurderingen, vurdering av restarbeidsevnen, er sentral innenfor de siste års utvikling av sykefraværarbeidet. Denne sentrale plassering er understreket gjennom flere uttalelser og vurderinger i tiden som har gått siden NOU 2000: 27. En god funksjonsvurdering danner utgangspunkt for å foreta et reelt forsøk på tilrettelegging<sup>45</sup> og inngår som en del av oppfølgingsplanen under sykefravær, jfr. § 4-6 (3) tredje punktum. Det sterke fokuset på funksjonsvurderingen som et sentralt hjelpemiddel kan understrekes ved sitatene inntatt her:

#### **Fra NOU 2000: 27:**

*”Funksjonsvurdering skal danne grunnlag for de individuelle oppfølgingsplanene.”<sup>46</sup>*

#### **Fra ot.prp. 102 (2001-2002):**

*”Sandmanutvalget foreslo at en i større grad skal legge vekt på funksjonsevne ved tildeling av trygdeytelser og iverksetting av tiltak. Når arbeidsevnen skal vurderes, vil funksjonsevne være et bedre mål enn diagnose. Oppmerksomheten vil rettes mot hva den enkelte kan gjøre på tross av medisinske lidelser. Ved å legge større vekt på funksjonsevne, vil det bli lettere å finne fram til egnede tiltak i arbeidslivet.”<sup>47</sup>*

#### **Fra ot.prp. nr 18 (2002-2003):**

*”En forutsetning for at arbeidsgiver skal kunne oppfylle sin plikt til individuell tilrettelegging av arbeidet, er at arbeidstaker medvirker og opplyser om sin funksjonsevne.”<sup>48</sup>*

#### **Fra NOU 2004: 5:**

*”Arbeidstakers bidrag er en forutsetning for at arbeidsgivers sykefraværarbeid skal ha noen reell effekt.”<sup>49</sup>*

---

<sup>45</sup> Jfr TOSLO-2009-117509 og TBERG-2010-33846

<sup>46</sup> Side 207

<sup>47</sup> Side 18

<sup>48</sup> Side 10

<sup>49</sup> Side 176 (basert på tidligere inntatt sitat, men med en konkretisering)

Fokuset på funksjonsvurderingens plass, mellomløsninger til enten syk eller frisk, har altså vært stort og det kan hevdes at dette er ett av to områder som innebærer mest nytenkning i sykefraværsarbeidet. Det andre er troen på at den beste løsningen finnes på den enkelte arbeidsplass.

En reell vurdering av funksjonsevnen er å anse som selve krumtappen i oppfyllelsen av tilretteleggingsplikten og dermed kanskje det viktigste av de områder arbeidstagers medvirkningsplikt er tilknyttet. Dette må kunne sies å bli understreket gjennom en informasjonsplikt av mer selvstendig karakter i ftrl § 8-8 (se omtale under).

Den viktige rollen funksjonsvurderingen har understrekes også gjennom Folketrygdlovens bestemmelse om at en sykemelding alltid skal gis på bakgrunn av en funksjonsvurdering, jfr. ftrl § 8-7, 3. ledd.

Funksjonsvurderingen er således noe som i skal skje allerede i dialogen mellom arbeidstager og sykemelder. Dette fungerer ikke nødvendigvis tilfredsstillende i alle tilfeller.<sup>50</sup> Og utfordringene det har vært pekt på er blant annet at det å gjøre en funksjonsvurdering er mer enn å sette et kryss i et skjema,<sup>51</sup> manglende kunnskaper om muligheter innenfor arbeidsplassen<sup>52</sup> og sykemelders ensidige informasjonsbilde<sup>53</sup>.

Noen av utfordringene som er pekt på over, ble forsøkt løst gjennom innføringen av en ny sykemeldingsblankett i september 2008. Denne inkluderer et kommunikasjonsfelt som skal sørge for bedre informasjonsflyt mellom sykemelder og arbeidsgiver. Denne blankettens effekt er evaluert i FAFO-rapporten 2011:4, og funnene her viser at man har lykket kun i ”begrenset grad”<sup>54</sup>.

Man er dermed tilbake til arbeidstagers plikter overfor arbeidsgiver til å bidra med informasjon om egen funksjonsevne som en forutsetning for arbeidsgivers tilrettelegging etter § 4-6, og det kan derfor ikke være uriktig å hevde at dette er en sterk plikt.

---

<sup>50</sup> Se for eksempel SINTEF A14516 og FAFO 2011:4

<sup>51</sup> SINTEF A14516 side 25

<sup>52</sup> FAFO 2011:4 side 76

<sup>53</sup> SINTEF A14516 side 26

<sup>54</sup> FAFO 2011:4 side 61

Et viktig poeng å omtale i denne sammenheng er at det om at det ikke er arbeidstagers diagnoser og personlige forhold som skal fremlegges. Siden arbeidstagers medvirkningsplikt er nokså tydelig presisert, kan det tenkes situasjoner der arbeidstager føler seg presset til å oppgi mer informasjon enn strengt tatt påkrevet for å vurdere arbeidsevnen. Situasjonen er påtenkt i de forarbeider som har omtalt medvirkningsplikten og det er inntatt passuser som presiserer at det ikke skal forekomme utilbørlig press på arbeidstager om utlevering av mer ”sensitiv” informasjon under funksjonsvurderinger eller øvrig tilretteleggingsarbeid.<sup>55</sup>

#### 1.4.2.1.2 Medvirkning av mer konkret karakter

Medvirkningsplikten innebærer ikke bare en plikt til å dele informasjon, den inkluderer også et krav til å bidra i den faktiske tilrettelegging og utprøving. Dette er hjemlet i folketrygdlovens § 8-8, 1. ledd:

*”Medlemmet har plikt til å gi opplysninger til arbeidsgiveren og Arbeids- og velferdsetaten om egen funksjonsevne og bidra til at hensiktsmessige tiltak for å tilrettelegge arbeidet og utprøving av funksjonsevnen blir utredet og iverksatt, se også § 21-3”*

Ot. prp 29 (2001-2002) som foranlediget en endring i § 8-8, nevner medvirkning til å utarbeide hensiktsmessige tiltak kort. Ellers har det i bestemmelses forarbeider vært lagt størst vekt på informasjon.

Rettspraksis er heller ikke utpreget omfattende når det gjelder medvirkning til konkrete tiltak hjemlet i § 8-8, men LG-2006-100708 inneholder en antydning til ytterligere plikter enn kun å bidra med informasjon:

*”Hun har arbeidet på X sykehus i 20 år. Hun må således forventes å ha meget god kjennskap til hvilke arbeidsoppgaver som utføres i virksomheten, i alle fall oppgaver ut over ledelse og administrasjon. Samtidig er det ingen som kjenner hennes helsesituasjon, herunder muligheter og begrensninger, bedre enn henne selv. At det da viser seg vanskelig for henne å angi konkrete*

---

<sup>55</sup> NOU 2004: 5 side 176, ot. Prp. Nr. 18 (2002-2003) side 11

*forslag til arbeidsoppgaver ut over føring av regnskap og lønn, og muligens arkivering, viser hvor begrensede mulighetene for omplassering faktisk var.”*

Arbeidstager har og plikt til å delta på dialogmøte etter § 2-3 (2) bokstav g.

### 1.4.3 Ytterligere plikter

#### 1.4.3.1 Informasjonsplikt etter folketrygdloven, mer enn ”medvirkning”?

Det oppstilles i folketrygdlovens § 8-8, 1. ledd et vilkår om å gi opplysninger til arbeidsgiver om egen funksjonsevne for å motta sykepengen. Bestemmelsen har overskriften ”medlemmets medvirkning”, noe som kan implisere en bekreftelse av medvirkningsplikten som omtalt over. Dersom man inntar utviklingen i bestemmelsens innhold, kan det imidlertid være naturlig å se denne plikten til å gi informasjon som en selvstendig plikt, en plikt som er noe annet enn medvirkningsplikten etter § 2-3 i arbeidsmiljøloven. Dette har særlig sin årsak i bestemmelsens tilblivelse og dens tilknyttede sanksjoner.

Bestemmelsen slik den lød i 2001:

*”§ 8-8 Medlemmets medvirkning*

*Retten til sykepenge faller bort dersom medlemmet uten rimelig grunn nekter å ta i mot tilbud om behandling, rehabilitering eller yrkesrettet attføring, se også § 21-8”*

I arbeidet med å implementere konklusjoner og forslag fremkommet i NOU 2000: 27 ble det uttalt følgende:

*”Departementet foreslår derfor at innføringen av en plikt til å gi opplysninger om egen funksjonsevne lovfestes.”<sup>56</sup>*

Det kan av dette sitatet synes som det er tale om en selvstendig plikt, ikke en plikt til å medvirke i gjennomføringen av arbeidsgivers plikter.

---

<sup>56</sup> Ot. prp. nr 29 (2001-2002) side 19

Bestemmelsens tidligere innhold, § 8-8, 2. ledd, fremstår etter endringen som sanksjonsmuligheter knyttet både til sitt eget innhold og til plikten etter 1. ledd.. Sanksjonene består av stans i sykepenger, og involverer ikke arbeidsgiver på noen måte. Dette trekker også i retning av en selvstendig plikt. I denne sammenheng er det nødvendig å vise til prop. 89L (2010-2011) hvor det gis forslag til en sterkere kobling mellom bestemmelsen i ftrl § 8-8 og forholdet arbeidstager/arbeidsgiver.<sup>57</sup>

Selv om det er tale om en selvstendig plikt, innebærer det faktum at sanksjonsmulighetene tilknyttet plikten etter § 8-8 ligger innenfor NAV at plikten tilfører lite annet enn medvirkningsplikten etter arbeidsmiljølovens bestemmelser.

#### 1.4.3.2 Ulovfestede plikter

De plikter som er nevnt over, bør også kunne utledes ut av arbeidstagers ”lydighetsplikt”. Kontraktsforholdet mellom arbeidstager og arbeidsgiver består selvsagt også under en sykemelding, og arbeidsgivers styringsrett er i behold med de begrensninger som funksjonsnedsettelsen tilsier. Dette har neppe liten selvstendig betydning utover de plikter finnes i lovs form.

#### 1.4.4 Brudd på medvirkningsplikten

Folketrygdloven § 8-8, 2. ledd oppstiller sanksjonsmuligheter for medlem som ikke oppfyller sine plikter til informasjon og ellers medvirkning. Dette er dog en lite brukt bestemmelse<sup>58</sup> og har ingen særlig praktisk relevans pr i dag.

Viktigere er det at eventuelle brudd på medvirkningsplikten, eller unnlatelse å bidra på beste måte, vil få innvirkning på hvor langt arbeidsgivers tilretteleggingsplikt strekker seg. Samtidig vil arbeidstagers medvirkning inngå som selvstendig moment i en

---

<sup>57</sup> Side 55

<sup>58</sup> Prop. 89 L (2010-2011) side 55

saklighetsvurdering dersom det kommer til oppsigelse med bakgrunn i sykefraværet. Mer om dette finnes senere i oppgaven.

## 1.5 Det spesielle oppsigelsesvernet i arbeidsmiljølovens § 15-8

### 1.5.1 Oversikt

Arbeidstager som er helt eller delvis sykemeldt kan ikke sies opp med bakgrunn i sykefraværet de første 12 måneder av dets varighet. Bestemmelsen er videreført fra § 64 i den tidligere arbeidsmiljølov, og dets innhold er i all hovedsak uendret<sup>5960</sup>

Dersom arbeidstager sies opp under verneperioden, skal oppsigelsen ansees å ha sin grunn i sykefraværet dersom ikke annet gjøres overveiende sannsynlig, jfr. § 15-8 (2). Bevisbyrden for at oppsigelsen ikke skyldes sykefraværet påligger arbeidsgiver.

Verneperioden er ikke til hinder for at vurderinger om oppsigelse gjøres og at nødvendige forberedelser treffes, jfr. for eksempel NAD-1981-457 hvor oppsigelse ble gitt en dag etter vernets utløp. Verneperioden utløper etter de nevnte 12 måneder eller dersom arbeidstager ikke lenger er fraværende.<sup>61</sup>

### 1.5.2 Bakgrunn og formål

Som så vidt nevnt i introduksjonen til oppgaven, har man hatt regler om arbeidsgivers særlige forpliktelser overfor arbeidstager i forbindelse med sykdom i svært lang tid. Det første spesielle vernet mot å bli oppsagt på grunn av sykefraværet kom med arbeidervernloven i 1956, nærmere bestemt dennes § 44, og gjaldt spesifikt oppsigelse på grunn av sykdom i forbindelse med graviditet.

Hensynene bak regelen slik det foreligger i dag er flere.

Arbeidstager skal ikke påføres ekstrabelastning gjennom å være i en prosess med tvist rundt sitt arbeidsforhold i en tid hvor oppmerksomheten bør rettes mot det å bli frisk<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 335

<sup>60</sup> Se også under ”vernets varighet”

<sup>61</sup> NOU 2004: 5 side 313

<sup>62</sup> Ot.Prp. 41 (1975-1976) side 77



Oppsigelsesvernet er også i tråd med formålet om et inkluderende arbeidsliv og hindre utstøtelse da arbeidstagere i en fraværssituasjon med redusert arbeidsevne vil ha problemer med å komme seg inn igjen på arbeidsmarkedet og risikerer dermed utstøtelse fra arbeidslivet<sup>63</sup>. Oppsigelsesvernet har også sin plass i den senere tids utvidede krav til tilrettelegging av arbeidet for arbeidstagere med redusert arbeidsevne som følge av sykdom og lignende i aml § 4-6. I tillegg kommer lovens krav til utarbeidelse av en dynamisk oppfølgingsplan (se omtale under arbeidsgivers plikter) er ytterligere et hensyn som tilsier en periode hvor arbeidstager er vernet mot oppsigelse, da en viss tid er nødvendig for å se effekt av ulike tiltak.<sup>64</sup>

### 1.5.3 Vernets inntreden

For å være vernet mot oppsigelse under sykefravær må arbeidstager varsle arbeidsgiver om fraværets årsak, jfr. aml § 15-8 (3). I tråd med det som tidligere er skrevet, er arbeidstager selvsagt ikke pliktig til å oppgi diagnose eller nærmere detaljer.

At man skal oppgi fraværets årsak må ha sin begrunnelse i at det ikke skal bli forvekslet med skoft. Bestemmelsens begrunnelse utgjøres jo nettopp av de spesielle forhold knyttet til sykdom. Informasjonen skal gis ”innen rimelig tid” en endring fra tidligere bestemmelses ”rett tid”, uten at dette innebærer en innholdsending.<sup>65</sup>

Hensikten bak et krav til tidsaspektet må være at arbeidsgiver skal vite at det dreier seg om et tilfelle som faller under § 15-8, slik at det ikke settes i gang en ubegrunnet oppsigelsesprosess eller tanker om dette.

Når det gjelder varslingsens form har dette ikke vært tillagt betydning og en muntlig beskjed er godt nok jfr. for eksempel NAD-1988-285. Dog kan arbeidsgiver kreve hele fraværet godtgjort ved legeattest jfr. aml § 15-8 (3).

I tillegg kommer et hensyn til at arbeidsgiver må kunne foreta de nødvendige skritt for å bøte på situasjonen som har oppstått ved for eksempel å skaffe vikar. Dette hensynet må sies å være av en slik karakter at varsel behøves noe tidligere enn for å unngå

---

<sup>63</sup> Ot.Prp. 49 (2004-2005) pkt 18.3.4

<sup>64</sup> NOU 2004: 5 side 314

<sup>65</sup> Ot. prp. nr. 49 side 335

misforståelser rundt videre prosesser og ivaretas ofte gjennom en utforming av arbeidsavtale eller arbeidsreglement.

#### 1.5.4 Egen sykdom

Kun fravær med bakgrunn i arbeidstagers egen sykdom gir et vern mot oppsigelse i fraværstiden etter § 15-8.

Dette er ikke eksplisitt uttalt i lovteksten, men av forhold som trekker i denne retning kan det nevnes uttalelse fra Ot. Prp. Nr. 18 (2002-2003): *”Formålet med bestemmelsen er å gi arbeidstakere som er syke et særlig vern i en begrenset sykdomsperiode.”*<sup>66</sup>

Syke viser her tilbake på ”arbeidstagere” og anviser således at det er disses egen sykdom som er grunnlaget. Regelens bakenforliggende hensyn (se omtale over) taler for at det er arbeidstagerens egen helse det siktes til og til sist legger juridisk teori til grunn at det kun er arbeidstagers egen sykdom som gir et spesielt vern<sup>67</sup>

#### 1.5.5 Verneperiodens lengde

Siden ikrafttreden av ny arbeidsmiljølov har verneperiodens lengde vært lik for alle ansatte. Man gikk ved dette bort fra den tidligere lovs differensiering på bakgrunn av ansettelsestid og årsak til fraværet. Dette blant annet med begrunnelse i at de nye omfattende pliktene til tiltrettelegging og utprøving for og av arbeidstagere under sykemeldingsperioden trenger å prøves ut over tid for å vise effekten og at dette gjelder for alle ansatte. Som et annet argument for å gå bort fra den tidligere differensiering av vernets lengde etter ansettelsestid, ble også anført at arbeidsforhold de senere årene har tendert til å bli av kortere varighet og dersom man begrenser oppsigelsesvernet etter arbeidsforholdet lengde, vil færre være omfattet av et slikt vern i den nødvendige tid.<sup>68</sup> Verneperiodens varighet er nå 12 måneder etter at arbeidsuførheten inntrådte og varigheten er uavhengig av om det dreier seg om hel eller delvis (gradert) sykmelding, jfr. § 15-8 (1).

---

<sup>66</sup> Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) side 5

<sup>67</sup> For eksempel Dege (2009) side 1098, Jakhelln (2007) side 356

<sup>68</sup> NOU 2004: 5 pkt 15.6.3

Et spørsmål i forbindelse med verneperiodens lengde og utløp er om man har anledning til å summere perioder hvor en ansatt har vært sykemeldt i flere omganger med kun korte opphold i mellom. Det uttales i forarbeidene til loven at det som en hovedregel skal påbegynnes en ny verneperiode så snart den ansatte har vært tilbake i jobb. Det uttales imidlertid at unntak fra dette vil kunne tenkes, men at det må bero på en konkret helhetsvurdering hvor man blant annet skal legge vekt på en eventuell sammenheng mellom fraværsårsakene og tiden den ansatte har vært friskmeldt.<sup>69</sup> I RG 1988 s.739 finner man en slik vurdering der en friskmelding på en uke mellom to sykemeldingsperioder ble ansett å være nok til at en ny verneperiode ble påbegynt. Her dreide det seg også om ulike diagnoser som dannet grunnlag for sykemeldingene, så en ”ren” avgjørelse med hensyn til friskmeldingstid kan det ikke sies å være.

#### 1.5.6 Indirekte følger av sykefraværet

Konsekvenser av sykefraværet som, isolert sett, gir saklig grunn til oppsigelse, er også omfattet av vernet i § 15-8.<sup>70</sup>

Som det uttales i Rt. 1986 side 227 (nederst) ville det ført til en uthuling av oppsigelsesvernet dersom man tillot at konsekvensene av fraværet var saklig grunn til oppsigelse innenfor verneperioden.

Selv om konsekvensene *av et sykefravær* er vernet på samme måte som sykefraværet i seg selv, kan det ikke være slik at konsekvenser *av sykdom alene* (uten fravær) leder til beskyttelse av det spesielle oppsigelsesvernet. Dette da bestemmelsen, etter sin ordlyd, tar sikte på å verne arbeidstager som er helt eller delvis borte fra arbeidet jfr § 15-8 (1).<sup>72</sup> Se også under punktet ”vernets inntreden”. Dog vil de alminnelige saklighetskrav, med tilhørende vurderinger, etter § 15-7 selvsagt gjelde.

---

<sup>69</sup> Ot.prp. 49 (2004-2005) pkt 18.3.1

<sup>70</sup> Rt. 1986 side 224

<sup>71</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 26 ”Foreligger det en saklig grunn for oppsigelse som har sammenheng med sykefraværet, innebærer reglene bare at arbeidsgiveren må vente inntil 6 eventuelt 12 måneder med å gå til oppsigelse.”

<sup>72</sup> Ei heller trekker noen av hensynene bak vernet i retning av at ”mentalt fravær” gir grunnlag for beskyttelse.

NAD-1981-168 trekker en grense mellom de to overnevnte typetilfeller.

Oppsigelse ble gitt med bakgrunn i manglende prestasjoner forut for sykefraværet, og det lagt til grunn at de manglende prestasjonene objektivt sett var tilstrekkelig til oppsigelse. Oppsigelsen ble likevel kjent usaklig fordi tilfellet ble omfattet av det spesielle oppsigelsesvernet etter dagjeldende aml § 64. Dette fordi de manglende prestasjoner hadde samme årsak som senere sykefravær med sykemelding hvorunder oppsigelsen ble gitt.

#### 1.5.7 Forholdet til "åpenbart unødvendig" i § 4-6

Som nevnt i tidligere kapittel, inneholder § 4-6 en reservasjon som oppstiller fritak for utarbeidelse av oppfølgingsplan og for plikten til å innkalle til dialogmøte i tilfeller der det er åpenbart unødvendig.

I herværende sammenheng er det selvsagt de tilfeller der det åpenbare innebærer at den ansatte ikke kan komme tilbake som er av interesse.

Siden det er åpenbart at arbeidstager ikke vil vende tilbake, kunne det vært nærliggende å tenke seg en oppsigelse så snart "åpenbarheten" forelå.

Slike tilfeller er diskutert i arbeidsmiljølovens forarbeider<sup>73</sup>, og man har bevisst ikke inntatt en slik reservasjon i oppsigelsesvernet etter § 15-8. Verneperioden er ett år i alle tilfeller.

Til dette må sies at de praktiske konsekvenser både for arbeidsgiver og arbeidstager er små dersom det i virkeligheten dreier seg om en åpenbar sak.

Det vil antagelig ikke kunne bekreftes at det dreier seg åpenbart tilfelle innenfor tiden arbeidsgiverperioden av sykepengene varer, arbeidstager vil få sine sykepenge fra Folketrygden. I tillegg foreligger de nødvendige unntaksregler for ikke å bruke resurser på utarbeidelse av oppfølgingsplan og innkalle til dialogmøte.

Disse tilfellene vil kunne fanges opp i dialogmøte II i regi av NAV hvor vurdering av andre tiltak skal gjøres og vurderingen av oppsigelse kan skje i tiden oppsigelsesvernet varer, men oppsigelsen kan altså ikke gis før etter oppsigelsesvernets ende.

---

<sup>73</sup> Ot. prp. 49 (2004-2005) side 232

## 1.6 Oppsigelse

### 1.6.1 Oppsigelse begrunnet i sykefraværet

Det finnes ingen eksplisitt hjemmel til oppsigelse på bakgrunn av sykefravær. En eventuell oppsigelse på bakgrunn av sykefravær skal behandles etter det alminnelige saklighetsprinsippet i aml. § 15-7. Dette medfører da et alminnelig krav til at oppsigelsen skal være saklig begrunnet enten i arbeidstagers, arbeidsgivers eller virksomhetens forhold.

Sykefravær kan gi opphav til ulike forhold som virker inn på arbeidsgivers beslutning om å gå til oppsigelse. Som eksempel kan nevnes det at sykefraværet innebærer et brudd på arbeidsgivers forutsetning for i det hele tatt å inngå arbeidsavtalen eller de ulemper sykefraværet medfører for arbeidsgiver. Det kan også tenkes at arbeidsgiver ønsker en avklaring, slik tilfellet var i LF-2004-27911.

Visse tilfeller i rettspraksis kan tyde på at det foreligger en underforstått erkjennelse av muligheten til å gå til oppsigelse på grunn av sykefraværet i seg selv, og dermed begrunnet i arbeidstagers forhold. Det har neppe kommet, og vil neppe komme, frem så tydelig som i to sitater fra RG-1985-577:

*”Det er på det rene at hyppig og/eller lengre sykdomsfravær kan være gyldig oppsigelsesgrunn, selvom arbeidstakeren selvsagt ikke subjektivt kan bebreides.”*

Noe lenger ut i rettens bemerkning:

*”[...]hvilket kan ha sammenheng med at arbeidstagere med høyt fravær har vært innforstått med at det objektivt sett har vært et mislighold av arbeidskontrakten og derved avfunnet seg med oppsigelsen”*

Uttalelsene er av eldre dato, og sett i lys av den utvikling som har foregått på området sykefraværsoppfølging kan det være nærliggende å hevde at ”tidsånden” har forlatt et slikt synspunkt. For da å overholde saklighetskravet, måtte ”startpunktet” for oppsigelsen da være begrunnet i sykefraværets konsekvenser for arbeidsgiver.

Et moment som trekker i retning av at det er sykefraværets konsekvenser som må danne utgangspunkt for en oppsigelse finnes i odelstingsproposisjonen forut for arbeidsmiljøloven av 2005: Etter en vurdering av oppsigelsesvernets lengde etter § 15-8

finnes følgende utsagn: *”Det anses ikke rimelig at arbeidsgiver skal bære konsekvensene ved fravær utover ett år.”*<sup>74</sup> ”Konsekvenser” utdypes dog ikke.

Hvilket av subjektene i 15-7 (1) saklighetskravet skal knyttes til fremstår likevel som et tvilsområde når man ser hen til overnevnte avgjørelse LF2004-27911.

At den utvikling som har skjedd på området tilrettelegging og sykefraværarbeid skulle tilsi et annet utgangspunkt i dag enn i RG-1985-577 kan således diskuteres.

Uavhengig av dette følger de nyere vurderinger i all hovedsak samme mønster som RG-1985-577. Dette innebærer momentene etterlevet tilretteleggingsplikt, arbeidstagers prognoser, fraværets ulemper for arbeidsgiver, arbeidsgivers størrelse, ulemper for arbeidstager ved en eventuell oppsigelse.

De nyere avgjørelser legger stor vekt på etterlevelse av tilretteleggingsplikten. Dette må sies å være i henhold til lovgivers intensjoner, jfr. hele sykefraværdebatten. Hvorvidt den økede vektleggingen kommer av større fokus på området sykefraværsoppfølging i seg selv, eller om mer konkrete regler gjør det lettere å foreta en god vurdering til er ikke av avgjørende betydning.

Om det er sykefraværet i seg selv, eller dets konsekvenser, som kan foranledige oppsigelse, eller om dette begrunnes i arbeidstagers eller arbeidsgivers forhold, ser ikke ut til å gjøre noen stor forskjell for den vurdering som foretas. Dommene LB-2000-03513 og LG-2000-01060 viser at det ikke er av betydning for konklusjonen hvis forhold oppsigelsen begrunnes i.<sup>75</sup>

Som nevnt, følger de fleste vurderinger i rettsavgjørelser på området den vei som ble fastlagt i RG-1985-57 og det benyttes flere momenter, som nevnt over. Momentet arbeidsgivers størrelse inngår som del av tilretteleggingsplikten rekkevidde, men også som et mer selvstendig moment. Arbeidstagers medvirkning inngår som en del av momentet tilretteleggingsplikten og som et mer selvstendig område. Sykefraværets påvirkning på arbeidsgiver, arbeidsforholdets lengde og arbeidstagers alder er andre

---

<sup>74</sup> Ot. Prp. Nr 49 (2004-2005) side 232

<sup>75</sup> For eksempel er oppsigelsen begrunnet i arbeidstagers forhold både i LB-2000-03513 og LG-2000-01060. Den ene ble funnet usaklig den andre saklig.

momenter. Noen av momentene står altså for seg selv i vurderingen, mens andre både står for seg selv og inngår som deler av andre momenter og således vektles flere ganger i totalvurderingen. I tillegg ser det ut til å være slik at momenter nevnes, men viser seg å vektlegges lite.

Lister over momenter som inngår i saklighetsvurderingen kan gjøres lange eller korte. Om de gjøres lange, inkluderes det både de momenter som vektles flere ganger og momenter som ikke veier særlig tungt. Slik jeg ser det, vil en tilstrekkelig liste over de momenter som virkelig er avgjørende i saklighetsvurderingen inneholde to punkter:

- **En vurdering av hvorvidt arbeidsgiver har oppfylt tilretteleggingsplikten etter § 4-6**
- **Arbeidstagers prognoser for fravær**

#### 1.6.1.1 Arbeidsgivers oppfyllelse av tilretteleggingsplikten etter § 4-6 (herunder omplasseringsvurderingen).

Vurderingen av om arbeidsgiver har oppfylt sine tilretteleggingsforpliktelser under sykefraværet er det momentet som vies mest oppmerksomhet i saklighetsvurderingen. Det viser seg i rettspraksis at oppsigelsens saklighet ofte faller gjennom ved denne vurderingen. Momentets viktighet illustreres på en god måte med følgende uttalelse i LG-2006-100708:

*”Selv om saklighetskriteriet skal avgjøres ut fra en helhetlig vurdering, antas det at dersom arbeidsgiver har forsømt sine plikter etter aml. § 13 nr. 2, vil det normalt i seg selv være tilstrekkelig til at en oppsigelse må anses som usaklig, og derved ugyldig.”*

I forkant av ny arbeidsmiljølov, diskuterte man i NOU 2004: 5 om det skulle inntas en kobling mellom tilretteleggingsplikten og saklighetskravet til oppsigelse. Dette valgte man ikke å gjøre da rettsavgjørelser viste at koblingen ble ivaretatt i passende grad.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> NOU 2004: 5 side 314

Tilretteleggingsplikten svært sentrale rolle og det omfang dette momentet innehar i saklighetsvurderingen i ulike rettsavgjørelser må således sies å være i tråd med lovgivers ønske.

Tilretteleggingsplikten utstrekning har i stor grad blitt fastlagt gjennom saklighetsvurderinger av oppsigelser med bakgrunn i sykefravær, og settes først på spissen når det kommer til slike vurderinger.

Som en følge av dette kan det hevdes at alle unntaksvurderinger som kan tilkomme senere i saklighetsvurderingen (ved for eksempel analogisk bruk av § 15-7 (2)) dersom medvirkningsplikten ansees oppfylt er inkludert i selve tilretteleggingsplikten. Dette inkluderer momenter som at arbeidsgiver ikke har plikt til å opprette en ny stilling, vurderingen om andre arbeidstagere skal flyttes for å gjøre plass, opplæringstid og hva som er ”passende arbeid”.

§15-8 gir alle hensyn tid til å virke og hvor lang denne tiden skal være.

Forutsatt at alle tilretteleggingstiltak er gjennomført på en korrekt måte, og arbeidstagers arbeidsevne fremdeles ikke strekker til å fylle den stillingsbrøk som kontrakten tilsier, tillater kombinasjonen av arbeidsgiver og arbeidstager således ikke å opprettholde et arbeidsforhold.

Dette understøttes av følgende uttalelse i NOU 2004: 5:

*”Arbeidstakers helse eller funksjonsevne kan etter omstendighetene gi grunn for oppsigelse dersom vedkommende har redusert arbeidsevne og ikke lenger fyller stillingen.”<sup>77</sup>*

#### 1.6.1.2 Arbeidstagers prognoser

Det kan hevdes at arbeidstagers prognoser er det eneste av momentene rettspraksis har lagt opp til som innehar nok kraft til å kunne rokke ved det faktum at arbeidsforholdet ikke lenger kan opprettholdes dersom alle tilretteleggingsforpliktelser er oppfylt.

---

<sup>77</sup> NOU 2004: 5 side 315 (om gjeldene rett, men som vist tidligere er ingen endring i innhold ment)



Det vil være urimelig dersom en arbeidstager som vil få full arbeidsevne om kort tid, likevel skal kunne sies opp så snart verneperioden er over.

Prognoser vil også kunne si i hvilken grad arbeidsgiver fremover kan forvente sykefravær av kortere varighet.

Implisert i dette momentet må da ligge en rimelighetsvurdering som rettspraksis har foreskrevet som et mer selvstendig moment.

I de avgjørelser prognoser har vært inntatt som et moment og lagt vekt på, har det vært i tilfeller der prognosene har angitt ingen endring ventet (eksempelvis RG-1961-395, RG-1985-577, TSTAV-2004-84277, LB-2000-003513), eller der prognosene har vært usikre (eksempelvis LF2004-27911, NAD-1984-326).

Prognoser var inntatt som moment i LG-2000-001060 og omtalt som gode. Dette var et moment som trakk i retning av at oppsigelsen var usaklig, men i denne saken var ikke tilretteleggingsplikten oppfylt, så det fikk ingen selvstendig betydning.

### 1.6.1.3 Andre momenter i saklighetsvurderingen

#### 1.6.1.3.1 Fraværets ulemper for arbeidsgiver

Ulemper kan utgjøres av økonomiske og organisasjonsmessige belastninger.

Ulemper kan være i form av øket arbeidspress på øvrige medarbeidere, en vikar som ønsker avklaring av sitt videre arbeidsforhold, resursbruk i forbindelse med oppfølging av sykefraværet og liknende.

Rent økonomisk innebærer også fraværet en ulempe for arbeidsgiver, jamfør tallene innledningsvis i oppgaven.

En fraværende arbeidstager vil, for alle praktiske henseende, utgjøre en ulempe for arbeidsgiver.

#### 1.6.1.3.2 Oppsigelsens ulemper for arbeidstager

En oppsigelse vil i ethvert tilfelle fremstå som en ulempe for arbeidstager. På denne måte kan det sammenliknes med punktet over. Enten man blir oppsagt på grunn av

sykefravær eller av andre årsaker, vil det alltid innebære en ulempe. Dette gjelder selvsagt særlig i sykefraværstilfelle. Denne spesielle ulempen i sykefraværssituasjon er også en av årsakene til oppsigelsesvernet i § 15-8s eksistens.

Arbeidstagers ulemper kan være omfattende og likevel vil oppsigelse være saklig, som i LF-2004-27911:

*”Selvsagt vil en oppsigelse for A få negative konsekvenser for henne. I den alder hun nå er, og etter lang tids sykdom, kan det bli vanskelig å få nytt arbeid. Hvis så er tilfelle vil også den økonomiske situasjonen bli vanskeliggjort. Disse hensyn må vike mot arbeidsgivers behov for avklaring etter så lang tid med fravær på grunn av sykdom. ”*

#### 1.6.1.3.3 Arbeidstagers alder og arbeidsforholdets varighet

Disse momentene er på mange måter undermomenter av ”ulemper for arbeidstager”. Dette fordi ulempene ofte vil være større med økende alder grunnet arbeidsmarkedets beskaffenhet. Slik plassering av momentet finnes i LF-2004-27911.

I TOSLO-2009-117509 er likevel er arbeidstagers alder trukket inn som et moment i skjerpene retning for tilretteleggingsplikten. Det samme gjelder arbeidsforholdets varighet.

Disse momentene er ikke like ofte bruk, og kan by på noe plasseringsbesvær. Se også omtale av TOSLO-2009-117509 senere i oppgaven.

### 1.6.1 Oppsigelse på bakgrunn av forhold i tilknytning til sykefraværet

#### 1.6.1.1 Manglende medvirkning under sykefravær

Manglende medvirkning under sykefraværet, herunder også direkte brudd på medvirkningsplikten, kan komme inn med ulik styrke i en saklighetsvurdering.

LB-2002-02867 er et eksempel på manglende medvirknings ytterste konsekvens, og oppsigelsen ble her funnet saklig i all hovedsak med bakgrunn i arbeidstagers brudd på plikten til å medvirke. Arbeidstager må ha vært omfattet av oppsigelsesvernet etter § 15-8 (1) i og med hans tekstmelding samme morgen han var fraværende første dag.

Arbeidsgiver ble påført store ekstrakostnader på grunn av den manglende tilbakemeldingen og vansker med å oppnå kontakt, da han måtte inngå ny leieavtale dag for dag. Dette er også gitt en sentral plassering i saklighetsvurderingen.

#### 1.6.1.2 Sent eller manglende varsel om fravær/sykefraværet ikke vernet

Hvorvidt et sent varsel kan danne grunnlag for oppsigelse eller avskjed, som et brudd på arbeidsavtale/reglement, i seg selv må avgjøres gjennom en alminnelig saklighetsvurdering etter aml § 15-7 og vil bero på en konkret vurdering av forholdet, blant annet med henblikk til tidligere praktisering av rutiner

LF-1994-00061 fant avskjed med bakgrunn i manglende varsling av arbeidsgiver om sykefravær usaklig og det dannet heller ikke grunnlag for oppsigelse.

At arbeidstager ikke hadde varslet om sitt fravær slik nåværende aml § 15-8 (3) krever ble ansett som en forsømmelse, men siden dette tidligere hadde vært akseptert fra arbeidsgivers side og forholdene rundt arbeidstagers helse var kjent, kunne manglende varsel av sykefravær ikke føre til annen reaksjon enn en klargjøring av reglene fra bedriftens side.

Saksforholdet bærer noe preg av et ønske om å bli kvitt en arbeidstager i en situasjon hvor bedriften hadde iverksatt innsparingstiltak, og en ”oppdatering” av arbeidstager når det kom til reglene rundt det å melde sitt fravær er, som Retten sier, den grad av tiltak som hadde vært passende.

### 1.7 IA-avtalens innvirkning på arbeidsgivers plikter

Et interessant skjæringspunkt for IA-avtalens spesielle tilblivelsesprosess, dens innvirkning på rettsutviklingen og gjeldende bestemmelser finner man i inngått avtales betydning for arbeidsgivers plikter for tilrettelegging for arbeidstager med redusert arbeidsevne, og derved vurderingen av oppsigelse på grunn av sykefravær er saklig (se over). Tre rettsavgjørelser fra de siste fem årene er interessante i denne sammenheng. Avgjørelsene er LG-2006-100708, TOSLO-2009-117509 og TBERG-2010-33846

### 1.7.1 Uttalt skjerping

De tre nevnte dommer legger til grunn at arbeidsgiver som har inngått IA-avtale har et skjerpet krav til innsats i tilretteleggingen for arbeidstager med redusert arbeidsevne. De to seneste begrunner begge dette gjennom å vise til den første.

I tidligere kapittel omtales dynamikken mellom IA-avtale og lovtekst, og jeg mener det kan være gode grunner til å kommentere tilstedeværelsen av en någjeldende generelt skjerpet tilretteleggingsplikt på grunnlag av tilslutning til IA-avtalen. I alle fall slik den *begrunnes* i TOSLO-2009-117509 og TBERG-2010-33846.

### 1.7.2 Utviklingen 2001-2003

I denne tidsperioden var tilretteleggingsplikten for ”yrkeshemmede arbeidstagere” regulert av arbeidsmiljøloven av 1977, § 13, andre til fjerde ledd.

I 2001 lød fjerde ledd slik:

*”Arbeidsgiveren plikter etter krav fra trygdekontoret å gi en redegjørelse om muligheter for tiltak på arbeidsplassen for at sykemeldt arbeidstager skal kunne komme tilbake i arbeid, jf. Folketrygdloven §25-2 andre ledd.”*

Dette innholdet kan partene ikke ha funnet tilstrekkelig til å oppnå de nedfelte mål ved inngåelsen av den første IA-avtalen. Partene var enige om at man blant annet trengte en *”kvalitativt bedre oppfølging av sykemeldte”* og man inntok følgende avtalepunkt:

#### *”3.1. Bedre oppfølging av sykmeldte*

*En forutsetning for å nå målene er at tiltakene settes inn så tidlig som mulig i et sykefravær. Dette tilsier at en vesentlig del av myndighetenes tiltak må iverksettes på et langt tidligere stadium enn hva tilfelle er i dag. Derfor legges følgende hovedprinsipper til grunn:*

- a) Tidligere intervensjon og kvalitativt bedre oppfølging av sykmeldte for å forebygge langtidsfravær og ”utstøtning”.*
- b) Tiltakene skal forankres på arbeidsplassen og ansvarliggjøre arbeidsgiver og arbeidstaker.*
- c) Større vekt på funksjonsevne.*
- d) Aktiv dialog mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.*

*e) Mer målrettet bruk av offentlige støtteordninger for å støtte opp om forebyggende og inkluderende tiltak på arbeidsplassen.”*

Også lovgiver har i lys av NOU 2000: 27 (og IA-avtalen) sett behovet for å oppstille mer konkrete krav til oppfølging av sykemeldte.<sup>78</sup> Denne endringen ble gjort gjennom lov av 30.04.2003 nr 27, i kraft fra samme dato. Forut for endringen ble det uttalt:

*”Det er derfor et behov for å klargjøre i arbeidsmiljøloven at arbeidsgivers ansvar for det generelle og systematiske arbeidsmiljø- og tilretteleggingsarbeidet i virksomheten også inkluderer det generelle og systematiske sykefraværarbeidet.”*<sup>79</sup>

Utredninger rundt en ny arbeidsmiljølov var riktignok allerede iverksatt, men man ønsket en snarlig innskjerping av deler av loven og det uttales videre:

*”Kravene til arbeidsgiver om systematisk sykefraværarbeid og utarbeiding av oppfølgingsplaner bør derfor etter regjeringens syn gjøres generelle så snart som mulig.”*<sup>80</sup>

Etter denne endringen, fikk fjerde ledd følgende innhold:

*”Arbeidsgiver skal i samråd med arbeidstaker utarbeide oppfølgingsplan for tilbakeføring til arbeid i forbindelse med ulykke, sykdom, slitasje eller lignende, unntatt hvis det anses åpenbart unødvendig. Arbeidet med oppfølgingsplan skal senest påbegynnes når arbeidstaker har vært helt eller delvis borte fra arbeidet i åtte uker. Oppfølgingsplanen skal inneholde en vurdering av arbeidstakers arbeidsoppgaver og restarbeidsevne. Planen skal videre inneholde aktuelle tiltak i arbeidsgivers regi, aktuelle tiltak med bistand fra myndighetene samt videre plan for oppfølging.”*

Endringen må sies å innebære en *”kvalitativ bedre oppfølging av sykemeldte”*, slik IA-avtalens parter allerede hadde forpliktet seg til. Dette var og departementets mening, og det var ønskelig å gjøre dette gyldig også overfor de arbeidsgivere som ikke hadde sluttet seg til IA-avtalen. Dette fremkommer i ot. prp. nr. 18 (2002-2003):

*”Selv om de ulike elementer i Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv langt på vei kan sies å tilsvare forslagene til endringer i arbeidsmiljøloven, er det så langt et klart mindretall av virksomhetene som har valgt å inngå samarbeidsavtale med trygdeetaten. Kravene til arbeidsgiver*

---

<sup>78</sup> Ot.prp. 18 (2002-2003) side 1 og 2

<sup>79</sup> Ot.prp. 18 (2002-2003) side 7

<sup>80</sup> Ot.prp. 18 (2002-2003) side 6

om systematisk sykefraværarbeid og utarbeiding av oppfølgingsplaner bør derfor etter regjeringens syn gjøres generelle så snart som mulig.”<sup>81</sup>

Etter 30. april 2003 var altså situasjonen slik at arbeidsmiljøloven stilte de samme grunnleggende krav til oppfølging av sykemeldte som IA-avtalen, jfr siste setning i sist inntatte sitat.

### 1.7.3 LG-2006-100708

Faktum vedrørende tilretteleggingen i LG-2006-100708 stekker seg over et relativt langt tidsrom, men de sentrale vurderinger i tilretteleggingssammenheng gjøres for perioden etter 6. oktober 2000 og frem til ca midten av 2003.

Dette ligger forut for endringen som ble gjort i § 13, og kravet til arbeidsgivers innsats for tilrettelegging var således ikke skjerpet etter loven. På bakgrunn av en arbeidsgiver som var omfattet av IA-avtalen, IA-avtalens pkt 3.1 og overnevnte lovtilstand, må det kunne sies at Lagmannsretten hadde god forankring for følgende utsagn:

*”Lagmannsretten oppfatter avtalen som et moment som i den samlede vurdering trekker i retning av skjerpede krav til arbeidsgivers innsats i henhold til aml. § 13 nr. 2.”*

### 1.7.4 Ny lov og ny avtale

17. juni 2005 ble ny arbeidsmiljølov (LOV 2005-06-17 nr 62) publisert, med ikrafttredelse 1. januar 2006. Arbeidsgivers plikter til tilrettelegging og oppfølging i forbindelse med sykefravær ble i denne loven videreført i § 4-6. Innholdet var ment å være det samme som i tidligere lov<sup>82</sup>

1. januar 2006 trådte også en ny IA-avtale i kraft. Denne avtalen erstattet tidligere avtale<sup>83</sup>, men viderefører målene fra perioden 2001-2005.

Den nye avtaleteksten inkluderte ikke lenger et eksplisitt uttalt behov for ”kvalitativ” endring av praksis eller regelverk. Tatt i betraktning de lovendringer som var

---

<sup>81</sup> Ot.prp nr 18 (2002-2003) side 6

<sup>82</sup> Ot. Prp. Nr 49 (2004-2005) side 309

<sup>83</sup> IA-avtalen 2006-2009 side 1

gjennomført siden inngåelsen av den første avtalen, kan fraværet av en slik eksplisitt forpliktelse tyde på at partene har ansett lovens utvikling og nå nedfelte regler tilstrekkelige til å oppnå målene.

Den enkeltvise samarbeidsavtale som undertegnes lokalt inneholder kun en generell henvisning til foreliggende lovverk.

Én formulering kan riktignok trekke i retning av en skjørpelse av forpliktelsene:

*”Samarbeidet skal utfylle og forsterke andre generelle virke midler av juridisk og/eller økonomisk karakter”<sup>84</sup>*

Denne formuleringen relaterer seg til samarbeidet for å oppnå de overordnede mål innenfor *”sysselsettings-, arbeidsmiljø- og inkluderingspolitikken”*, og innebærer ikke et så konkret og eksplisitt uttrykk for utilstrekkelig lovgiving på ett sentralt område som man så i den første avtalen.

#### 1.7.5 Nyere rettsavgjørelser

Med uttalelsene *”Bring er videre bundet av avtalen om inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen), noe som innebærer et skjørp krav til arbeidsgivers innsats av tilretteleggingsplikten, jf blant annet LG–2006–100708”* og *”At YIT er bundet av avtalen om inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen) antas å innebære et skjørp krav til arbeidsgivers innsats når det gjelder tilretteleggingsplikten, jf. bl.a. LG–2006–100708”* bruker Retten i disse to sakene et prejudikat med god forankring i tidligere avtaletekst, uten samtidig å opplyse om at de faktiske forhold har endret seg, og ny avtale er inngått.

Dette gjør det interessant å se om Retten faktisk har lagt til grunn en skjørp tilretteleggingsplikt for å konkludere som den gjør i saklighetsspørsmålet.

---

<sup>84</sup> IA-avtale 2006-2009 side 1, pkt 4.

#### 1.7.5.1 TOSLO-2009-117509

##### **Retten ser ut til å legge til grunn følgende regler:**

1. Krav til saklighet etter § 15-7, et viktig element i dette er arbeidsgivers etterlevelse av sine plikter.
2. § 4-6 (1) med forarbeider oppstiller vidtrekkende krav til arbeidsgivers tilrettelegging, og Rt. 1995 side 227 åpner for flytting av andre ansatte innenfor styringsretten dersom ikke tilrettelegging er tilstrekkelig.
3. For å kunne tilrettelegge arbeidsoppgaver, pålegger § 4-6 (3) arbeidsgiver å utarbeide oppfølgingsplaner og funksjonsvurdering i samarbeid med arbeidstager innen seks uker.

##### **Retten ser ut til å legge vekt på følgende momenter i saken (ikke nødvendigvis i rekkefølge og ikke inntatt momenter i vurderingen etter § 15-12 (2)):**

1. Arbeidsgiver brukte nærmere tre måneder fra første sykemeldingsdag til kontakt med arbeidstager
2. Arbeidsgiver brukte ytterligere seks måneder før det ble gjort en reell vurdering av muligheter for fortsettelse av arbeidet.
3. Arbeidsgivers generelle, interne, henvendelse tok ikke utgangspunkt i en vurdering som nevnt i pkt 2
4. Det ble ikke gjort en reell kartlegging tilretteleggingsmuligheter på arbeidsplassen.
5. Arbeidsgiver var en stor arbeidsplass med mange oppgaver som skulle utføres og egne resurser innenfor personalarbeid og oppfølging av arbeidstagere
6. Arbeidstreningen som ble iverksatt 19. januar 2009 ble ikke ansett som tilrettelegging.
7. Ansettelsesforholdet var av lang varighet
8. Arbeidstagers alder

Det er et alminnelig krav etter arbeidsmiljølovens § 15-7 (1) at en oppsigelse skal være saklig for å kunne være gyldig. Dette fremgår direkte av lovteksten. Retten oppstiller så



arbeidsgivers etterlevelse av tilretteleggingsplikten som et av kriteriene i saklighetsvurderingen. Dette er i tråd med det fokus som er etablert etter NOU 2000: 27 og påfølgende lovendringer og avtaler. Imidlertid kan kriteriet ikke ha sitt opphav i ”Sandmannånden” eller IA-avtale, da det alt i dommen LG-2000-1060 uttales ”

*Spørsmålet om oppsigelsens saklighet må ses i sammenheng med Braathens forpliktelser etter aml. § 13 nr. 2[...]*”. Tilretteleggingsplikten har sogar vært et sentralt moment i saklighetsvurderingen siden RG-1985-577.

Arbeidsmiljølovens § 4-6 oppstiller vidtrekkende krav til arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, som også omtalt i tidligere punkt. I den utstrekning jeg kan se, anvender Retten ikke § 4-6 på en måte som ikke fremgår direkte av dennes ordlyd. Forholdene den anvendes på, slik jeg leser dommen, er den lange kontakten som gikk før første kontakt mellom arbeidsgiver og arbeidstager. Dette er i strid med ordlyden i § 4-6 som satt siste frist for utarbeidelse av oppfølgingsplan til seks uker. Dette rammer naturlig nok både den manglende kontakten og den manglende utarbeidelsen av oppfølgingsplan. Når det gjelder den manglende kartleggingen av muligheter for tilrettelegging av arbeidet, er dette i strid med kravet som følger direkte av § 4-6 (3), og er i alle tilfelle betinget av en utarbeidet oppfølgingsplan for å ha et reelt innhold. Også etterlevelse av plikten til å vurdere omplassering vurderes, gjennom Rettens konstatering av at denne ikke var fulgt, da forsøket ikke tok utgangspunkt i en reell vurdering av arbeidstagers arbeidsevne. Omplasseringsplikten kan leses ut av § 4-6 (1) ”*få et passende arbeid*” og legges til grunn som en regel allerede i Rt. 1995 side 227.

Bedriftens størrelse trekkes så inn som et moment i vurderingen Dette moment er ukontroversielt, både som en del av tilretteleggingsplikten og i den mer generelle vurdering, og er beskrevet i odelstingsproposisjonen til aktuelle lov og paragraf, se omtale over. Heller ikke dette er et moment som først ble relevant ”post-Sandmann”. Faktisk ble det inntatt som et relevant moment i graden av tilretteleggingsplikt alt i dommen gjengitt i RG-1985-577.

Arbeidstagers alder og ansettelsesforholdets varighet er momenter som trekkes inn i TOSLO-2009-117509. Dette er momenter man kjenner igjen fra avveiningen mellom arbeidstagers og arbeidsgivers ulemper ved oppsigelse ved driftsinnskrenkelser etter § 15-7 (2).

Arbeidstagers alder er ellers relevant i den sammenhengen at man ønsker å unngå utstøtelse fra arbeidsmarkedet, og ansettelsesforholdets lengde er et ofte brukt argument saklighetsvurderinger. Momentene arbeidstagers alder og ansettelsesforholdets lengde kan se ut til å ha blitt trukket mer inn i vurderingen enn forarbeider og rettspraksis skulle tilsi i tilretteleggingssammenheng. Det er mulig dette er knyttet til henvisningen til arbeidsgivers inngåelse av IA-avtale. Alder må kunne sies å være relevant i betraktningen ”hindre utstøtelse fra arbeidslivet”.

Det byr selvsagt på vanskeligheter å angi hvilken vekt som er lagt på disse to momentene. Vurdert opp mot ordlyden i § 4-6, har imidlertid arbeidsgivers tilretteleggingsplikt blitt utøvet på en slik måte at arbeidstagers alder og arbeidsforholdets lengde ikke kan ha vært utslagsgivende for å kunne konstatere at arbeidsgivers plikter ikke var fulgt.

#### 1.7.5.2 TBERG-2010-33846

I denne saken er partene, og retten, enige i at arbeidsgiver har opptrådt på en måte som oppfyller kravene til tilretteleggingsplikt de første deler av sykefraværet. Sammenholdt med kommentarene knyttet til TOSLO-2009-117509, er reglene som oppstilles for dette ukontroversielle. Den del som omhandler den etterfølgende overflytting til fellestjenester er ikke sentral i dette kapittels sammenheng. Det er tilbudet fremsatt i møtet 1. september som danner utgangspunktet for vurderingen nedenfor.

Temaet kan da sies å knytte seg til arbeidsgivers omplasseringsplikt dersom tilrettelegging av den opprinnelige stillingen ikke er mulig i tilstrekkelig grad.

#### **Følgende regler ser ut til å ha blitt oppstilt for det angjeldende interesseområdet:**

1. Det foreligger en plikt til å foreta en nøye vurdering av overføring eller omplassering av arbeidstager til annet arbeid i virksomheten.
2. Det skal avholdes drøftingsmøte forut for oppsigelse

**Retten ser ut til å ha lagt vekt på følgende momenter (igjen, ikke nødvendigvis i rekkefølge):**

1. Det dreier seg om en stor arbeidsgiver med en rekke arbeidsoppgaver innenfor områder det var naturlig å vurdere.
2. Tilbudet fremsatt 1. september 2009 tok ikke utgangspunkt i arbeidstagers behov.
3. Arbeidsgiver gjorde en reell vurdering av omplasseringsmuligheter først etter at oppsigelse var gitt.
4. Arbeidstager hadde en berettiget forventning til fortsatt stilling hos arbeidsgiver etter endt arbeidstrening.
5. Arbeidsgiver har opptrådt kritikkverdig gjennom brev med uklare konsekvenser datert 3. september.

Det påhviler arbeidsgiver et ansvar for å vurdere annen, passende stilling for arbeidstager med redusert arbeidsevne. Som nevnt over, kan dette leses ut av aml § 4-6 (1) "*få et passende arbeid*", og forutsettes alt i Rt-1995- 227. Det uttales i dommen TBERG-2010-33846, som nevnt over, at Retten ikke anser arbeidsgivers tilbud om omplassering gitt 1. september 2009 som et resultat av en reell vurdering av arbeidet og arbeidstagers behov. Den foreslåtte endring i arbeidssted ville medført en overflytting til et åpent kontorlandskap med publikumsmottak og inngående telefoner. Arbeidsgiver hadde god kjennskap til at dette var nettopp den type miljø arbeidstager ikke fungerte i, jamfør de tilretteleggingstiltak som hadde vært ansett nødvendige i det opprinnelige arbeidet. Retten oppstiller altså en regel om at arbeidsgivers vurdering av alternative oppgaver i forhold til arbeidstagers behov må være reell.

Av interesse for herværende kapittel blir da om dette er en regel man kan dra kjensel på fra tiden før IA-avtalen.

Dommen LG-2000-001060 inneholder en situasjon som er av liknende karakter.

Arbeidstager ble under aktiv sykemelding testet ut i en annen form for arbeidsoppgaver enn de han i utgangspunktet hadde, men disse oppgavene var en slik karakter at de utgjorde en større belastning for arbeidstager, nettopp innenfor de deler av hans arbeidsevne som var redusert. Fra dommen:

*”De drøftelser og vurderinger vitnet Helland opplyser at han forut for oppsigelsen gjennomførte, fremstår helst som formaliteter uten reell betydning for avgjørelsen om å si opp A.*

*Ovennevnte bekreftes av at A ble tilbudt aktiv sykmelding på TLO-lageret. Arbeidet der antas å ha vært vesentlig mer krevende fysisk enn arbeidet i fraktavdelingen, og det var i forkant på det rene at A uansett ikke ville bli tilbudt stilling der. Det er vanskelig å forstå at ordningen med aktiv sykmelding på TLO-lageret ble etablert. Den fungerte da heller ikke uten at det kan bebreides A[...]*”

Situasjonen som sitatet beskriver, er ikke helt overlappende med situasjonen som oppstod ved tilbudet om arbeidsoppgaver i åpent kontorlandskap i TBERG-2010-33846, men har noe av det samme preget. Satt på kanten, kan det betegnes ”fremprovosering av en situasjon som skal rettferdiggjøre en oppsigelse”.

Arbeidsgivers størrelse og mangfold av oppgaver trekkes inn som et moment. Vektlegging av dette er kommentert over i tilknytning til saken TOSLO-2009-117509. Formelle krav til arbeidsgivers opptreden ved oppsigelse og dennes innhold, i tilknytning til overlevering av brev datert 3. september, er hjemlet i arbeidsmiljøloven §§ 15-1 og 15-4 og kan leses direkte ut av lovteksten.

#### 1.7.6 Foreligger så en skjerpet tilretteleggingsplikt i praksis?

Innledningsvis i dette kapitlet, fremkom to sitater fra disse dommene som begge uttrykker at inngåelse av IA-avtale er et skjerpende moment i tilretteleggingsplikten. Fra TOSLO-2009-117509 kom alder og ansettelsesforholdets varighet inn som et moment som kan ha fått noe større vekt enn hva lovtekst, tidligere rettspraksis og forarbeider har lagt opp til.

Ansettelsesforholdets varighet er og et moment i vurderingen i TBERG-2010-33846, men da ikke i direkte tilknytning til grad av plikter.

Rettens henvisning til IA-avtalen som et skjerpende moment i arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, er slik jeg ser det, bygget på noe tvilsomt grunnlag og strengt tatt unødvendig for konklusjonen.

### 1.7.7 Ytterligere kommentarer

Foregående kapittel utelater omtale av en del av rettsavgjørelsene som er av interesse.

Under sykefraværet ble det i begge tilfeller igangsatt ”arbeidstrening”.

Det fremgår ikke klart av avgjørelsene hva slags type tiltak det her dreide seg om utover at det dreide seg om utføring av oppgaver hos arbeidsgiver under rehabiliteringspenger fra NAV.

Ulike tiltaksformer og hvem disse er forebeholdt utvikles stadig og det er vanskelig å kommentere så vidt lang tid i etterkant, og det er fare for å bli spekulativ, men jeg finner det likevel verdt å gjøre.

Det følgende inkluderer omtale av både TOSLO-2009-117509 og TBERG-2010-33846.

Enten arbeidstreningen som ble iverksatt var et tiltak man hadde tilgang til i egenskap av å være IA-bedrift eller ei, kan det synes som om retten i begge tilfeller har ønsket å kommentere bruk av slike virkemidler uten en reell forpliktelse ved treningens utløp.

Arbeidstreningen i TOSLO-2009-117509 foregikk ikke rettet mot en konkret stilling, ei heller fantes det en ledig stilling bekles innenfor de arbeidsoppgaver det ble gitt arbeidstrening i. Tilsynelatende er avtalens utgangspunkt lite begrunnet i en reell intensjon om at arbeidstager faktisk skulle inn i liknende arbeid og avtalen var muligens i realiteten formålsløs utover å gi et skinn av utført tilretteleggingsplikt.

Rettens bemerkning under kan synes å støtte dette:

*”Arbeidstreningen og oppfølgingen av A i denne perioden kan derfor ikke anses som noen oppfyllelse av tilretteleggingsplikten som bedriften har overfor den ansatte.”*

Arbeidstreningen i TBERG-2010-33846 var rettet mot avdeling ”fellestjenester”, et område med flere oppgaver arbeidstager kunne utføre innenfor sin arbeidsevne, likevel resulterte treningen i en oppsigelse. Igjen virker det som det mangler et reelt mål for arbeidstreningen. Retten bemerker:

*”Avtalen av februar 2009 og oppfølgingen av denne ga YIT en særlig forpliktelse til å søke å finne alternative plasseringer av A i YIT”*

Om disse forhold kan sies å innebære en skjerping av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt som resultat av inngått IA-avtale, kan være noe tvilsomt. En slik skjerping vil kanskje kunne sees dersom det kommer en avgjørelse hvor arbeidsgivers manglende bruk av spesielle IA-virkemidler utgjør manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten.

## **2 Litteraturliste**

### **Bøker:**

Dege, Jan Tormod. Den individuelle arbeidsrett, Oslo, 2009

Jakhelln, Henning. Oversikt over arbeidsretten 4. utgave, Oslo, 2007

### **Artikler:**

Kokkvold, Lars. Sykdomsfravær som oppsigelsesgrunn. Arbeidsrett vol 2 nr 1 2005

### **Annet:**

Skarning, Nicolay. Sykefravær som omplasserings- og oppsigelsesgrunn. Kompendium 2010